

Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid. Kwalitatieve ervaringen 2003-2006

Citation for published version (APA):

Peeters, M. G. W. M., van der Woerd, F., & in de Braek, G. (2006). *Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid. Kwalitatieve ervaringen 2003-2006*. Ministerie van VROM.

Document status and date:

Published: 01/01/2006

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

EVALUATIE VAN HET BESLUIT FINANCIËLE ZEKERHEID

KWALITATIEVE ERVARINGEN 2003-2006

STRUCTURELE EVALUATIE MILIEUWETGEVING (STEM)



Structurele Evaluatie Milieuwetgeving

Auteurs:

mr. dr. M. Peeters

dr. F. van der Woerd

mr. G. In de Braek

STEM publicatie 2006/2

STEM is het samenwerkingsverband tussen het Centrum voor Milieurecht (CvM, Universiteit van Amsterdam), Maastrichts Europees instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek (METRO, Universiteit Maastricht), het Instituut voor Milieuvraagstukken (IVM, Vrije Universiteit Amsterdam) en ARCADIS.

2 oktober 2006

110643/CE6/1J9/000360

STEM

STEM staat voor "Structurele Evaluatie Milieuwetgeving".

Het programma, en alle binnen dit programma uitgevoerde evaluatieonderzoeken, worden uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer. Het onderzoeksprogramma loopt van september 2004 tot en met december 2008, en is een concreet vervolg op de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECWM) die de evaluatie van milieuwetgeving tot 1 januari 2004 op zich heeft genomen.

In het vierjarig onderzoeksprogramma worden zowel ex ante als ex post evaluatie van milieuwetgeving verricht. De resultaten van de onderzoeken dragen bij aan kennis inzake regulering op het milieubeleidsterrein, dat wil zeggen inzake de mogelijkheden om via wetgeving het milieu in brede zin te beschermen. De resultaten van de onderzoeken zullen tevens gericht zijn op de verbetering van de kwaliteit van regelgeving in brede zin, waaronder in ieder geval worden begrepen vraagstukken van subsidiariteit (is regelgeving (in de gegeven vorm) wenselijk), de effectiviteit, efficiëntie, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regelgeving, de vormgeving van de waarborgen voor burgers (kenbaarheid, inspraak, rechtsbescherming) en de rechtmatigheid.

Per jaar wordt, mede aan de hand van dit meerjarig onderzoeksprogramma, een jaarprogramma opgesteld waarin de concreet uit te voeren evaluatiestudies worden benoemd.

Eerder is in het kader van STEM verschenen:

- § 2005/1: Implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid; een verkenning naar de bevoegde instantie(s) in Nederland
- § 2005/2: Onzekere milieurisico's: een onderzoek naar de wijze van omgaan met onzekere milieurisico's door de wetgever, bestuur en de rechter; Deel 1: Inleidend rapport
- § 2005/3: Decentraliseren of dereguleren? Milieuregulering door decentrale overheden bij deregulering van VROM-wetgeving
- § 2005/4: Het milieujaarverslag, zes jaar later
- § 2005/5: Onzekere milieurisico's: een onderzoek naar de wijze van omgaan met onzekere milieurisico's door de wetgever, bestuur en de rechter; Deel 2: Praktijkonderzoek
- § 2005/6: Modernisering van VROM-pseudowetgeving
- § 2005/7: De verdeling van broeikasgasemissierechten in de EU gezien in het licht van concurrentieverhoudingen
- § 2006/1: Bijdrage aan de startnotitie evaluatie emissiehandel, juridisch deel

Verdere informatie is te vinden op www.evaluatiemilieuwetgeving.nl. Daar zijn ook de uitgebrachte evaluatiestudies te downloaden.

Inhoud

1	Doelstelling en aanpak	5
1.1	Inleiding	5
1.2	Aanpak	6
1.3	De actoren rond Befize	8
1.4	Uitvoering	9
2	Achtergrond en doelstelling Befize	11
2.1	Opvattingen uit de literatuur over het instrument van financiële zekerheidsstelling	11
2.1.1	Inleiding	11
2.1.2	Rechtseconomische literatuur	11
2.1.3	Milieurechtelijke literatuur	15
2.1.4	Bedrijfskundige en bedrijfseconomische literatuur	18
2.2	Totstandkoming en doel huidige wettelijke regeling	22
2.2.1	Inleiding	22
2.2.2	Totstandkoming van artikel 8.15 Wet milieubeheer	23
2.2.3	Totstandkoming van Befize	27
3	De uitvoering van Befize tot dusver	31
3.1	Inleiding	31
3.2	IPO interimbeleid Befize	31
3.3	Jurisprudentie Befize	35
3.4	Interviewronde over de toepassing van Befize	37
3.4.1	Inleiding	37
3.4.2	Publieke sector	38
3.4.3	Private sector	44
4	Verkenning van verbeterpunten	51
4.1	Inleiding	51
4.2	Workshop 'publieke sector'	51
4.2.1	Inleiding	51
4.2.2	Intrekken dan wel terughoudend toepassen van Befize	51
4.2.3	Drempelbedrag en gebonden toepassing Befize	53
4.2.4	Befize als vangnet	54
4.2.5	Preventieve werking	54
4.2.6	Voorkeur voor vorm van financiële zekerheid	54
4.2.7	Collectieve regeling (fondsvorming)	55
4.2.8	Criteria Befize	55
4.3	Workshop 'private sector'	56
4.3.1	Intrekken dan wel terughoudend toepassen van Befize	56
4.3.2	Drempelbedrag en gebonden toepassing Befize	56
4.3.3	Befize als vangnet	56
4.3.4	Verhouding tussen (kleine) starters en (grote) gevestigde bedrijven	57

4.3.5	Invloed op concurrentiepositie	57
4.3.6	Preventieve werking	58
4.3.7	Voorkeur voor vorm van financiële zekerheid	58
4.3.8	Fondsvorming	59
4.4	Afrondend	59
5	Eindanalyse en aanbevelingen	61
5.1	Algemeen beeld over de toepassing tot dusver	61
5.2	Beantwoordt Befize aan zijn doel? Befize als vangnet	63
5.3	Kantttekeningen bij Befize als vangnet	65
5.4	Heroverweging van de in Befize opgenomen criteria	68
5.5	Afsluiting en aanbevelingen	70
5.5.1	Conclusie	70
5.5.2	Aanbevelingen	71
Bijlage 1	Vragenlijst	73
Bijlage 2	Begeleidingscommissie	79
Colofon		

HOOFDSTUK

1

Doelstelling en aanpak

1.1

INLEIDING

In dit onderzoek wordt de uitvoering van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer geëvalueerd.¹ Dit besluit dateert van 8 februari 2003, en is op 1 mei 2003 in werking getreden.² Vanaf dat moment kan in de Wet milieubeheervergunning voor aangewezen categorieën van inrichtingen een verplichting tot financiële zekerheid worden voorgeschreven.³ Voor deze evaluatie wordt als peildatum 1 mei 2006 genomen, zodat dit onderzoek terugziet op drie jaar ervaring met de uitvoering van het Besluit financiële zekerheid.

De grondslag van het Besluit financiële zekerheid is gelegen in artikel 8.15 Wet milieubeheer. Dit artikel schrijft voor dat bij algemene maatregel van bestuur categorieën van inrichtingen worden aangewezen waarvoor door het vergunningverlenende gezag een verplichting tot financiële zekerheid kan worden opgenomen in de milieuvergunning. De aanwijzing in de AMvB kan slechts betrekking hebben op inrichtingen die ernstige nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken.

De verplichting tot het stellen van financiële zekerheid kan gelet op artikel 8.15 Wm voor twee verschillende situaties worden voorgeschreven:

- a) voor het nakomen van krachtens de vergunning voor de inrichting geldende verplichtingen;
- b) voor dekking van aansprakelijkheid voor schade die voortvloeit uit door de inrichting veroorzaakte nadelige gevolgen voor het milieu.

In het Besluit financiële zekerheid, verder Befize genoemd, worden beide mogelijkheden uitgewerkt. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds het opslaan van afvalstoffen en het beheer van afvalstoffen na het beëindigen van de activiteiten in de inrichting (art. 3 Befize), en anderzijds activiteiten ten gevolge waarvan aansprakelijkheid voor schade aan de bodem ontstaat (art. 7 Befize). Voor deze beide categorieën activiteiten wordt aan het vergunningverlenende gezag de bevoegdheid gegeven om financiële zekerheid te stellen. Daarbij wordt geregeld welke vormen van financiële zekerheid in aanmerking komen.

¹ Staatsblad 2003, nr. 71.

² Staatsblad 2003, nr. 150.

³ Met "Wet milieubeheervergunning" wordt verwezen naar de vergunning zoals geregeld in art. 8.1 Wm.

Het bevoegd gezag dient zoveel mogelijk de vorm van financiële zekerheid te respecteren die de voorkeur geniet van degene die de inrichting drijft.⁴

De reden om een evaluatie ter hand te nemen vloeit reeds voort uit het overleg tussen de Tweede Kamer en de Minister van VROM ten tijde van de totstandkoming van Befize. Een deel van de Tweede Kamer nam toentertijd een kritische houding aan betreffende de oplegging van een financiële zekerheidsplicht. De Tweede Kamer ging mede gelet op de beperkte werkingssfeer uiteindelijk volledig akkoord met de regeling.⁵ Vanuit het bedrijfsleven is echter sterk aangedrongen op het intrekken van het Befize. In het kader van de herijking van de VROM-regelgeving is vervolgens besloten dat in 2006 een evaluatie plaatsvindt van Befize, en dat de uitkomst van die evaluatie moet worden afgewacht alvorens verder te spreken over een eventuele intrekking.⁶ Dit rapport doet een verslag van deze evaluatie. Het primaire oogmerk van dit onderzoek is om zicht te krijgen op inhoudelijke factoren voor het gebruik van de mogelijkheid tot het opleggen van financiële zekerheidsstelling binnen de huidige werkingssfeer. Uiteraard kan op basis van dit onderzoek nadere gedachtevorming over inperking dan wel uitbreiding van de werkingssfeer van Befize plaatsvinden.

Een volledige intrekking van Befize lijkt overigens in te druisen tegen de wens van de wetgever zoals neergelegd in art. 8.15 Wm, aangezien daaruit kan worden afgeleid dat er een AMvB ter uitvoering van dat artikel moet worden opgesteld.

1.2

AANPAK

Het centrale doel van dit onderzoek is het verkrijgen van inzicht in de ervaringen bij de uitvoering van Befize. Aangezien er reeds aanwijzingen zijn dat er tot dusver geen intensief gebruik is gemaakt van dit instrument, ligt in dit onderzoek het zwaartepunt bij de inhoudelijke factoren en afwegingen die een rol spelen bij het verplicht stellen van financiële zekerheid.⁷ Een van de mogelijke redenen voor het tot nu toe beperkte gebruik kan zijn dat er een zekere gewenningsperiode nodig is geweest om vertrouwd te raken met de mogelijkheden van het Besluit. Het besluit introduceert immers een financieel instrument waarmee naar verwachting de meeste vergunningverleners niet bekend zullen zijn en daarvoor ook geen of tekortschietende specifieke kennis en expertise hebben. Van belang voor het gebruik van Befize is voorts dat er in IPO-verband gewerkt is aan het opstellen van een beleid (een interimbeleid) voor de toepassing van Befize. Dit beleid is vastgesteld in de IPO-adviescommissie Milieu van 3 november 2005. Vervolgens is in verschillende provincies gestart met het vaststellen van een provinciaal Befize-beleid. Dit verklaart wellicht deels het beperkte gebruik van het voorschrijven van financiële zekerheidsstellingen tot dusver. Bovendien zal de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling normaliter worden aangekaart tijdens het vooroverleg over een vergunningsaanvraag.

⁴ Art. 5, derde lid, en art. 9, derde lid, Befize.

⁵ Kamerstukken II, 2003/04, 29 200 XI, nr. 7.

⁶ Kamerstukken II, 2003/04, 29 200 XI, nr. 7, p. 26.

⁷ Zie IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer (vastgesteld in de IPO-adviescommissie Milieu van 3 november 2005), p. 3 en 4.

Ook hierdoor kan er een zeker naïjfeffect zijn opgetreden met betrekking tot de toepassing van Befize; verwacht mag worden dat met name pas na vaststelling van een provinciaal Befize-beleid de eventuele toepassing bewust wordt ingezet conform de vastgestelde beleidsregel, en dientengevolge onderwerp van gesprek wordt gemaakt in de vooroverleggen voor vergunningverlening.

De genoemde factoren lijken de toepassing van Befize in kwantitatieve zin te hebben beperkt voor zover het de eerste jaren na inwerkingtreding van dit besluit betreft. In dit onderzoek wordt derhalve niet zozeer een kwantitatief, maar juist veel meer een kwalitatief beeld gegenereerd van de uitvoering van Befize. De centrale vragen van dit onderzoek zijn dan ook:

Welke organisatorische, economische of juridische factoren hebben het gebruik van de in Befize neergelegde mogelijkheid tot financiële zekerheidsstelling beïnvloed? Hoe zou een eventuele verandering van deze factoren kunnen leiden tot een effectiever en efficiënter gebruik van de mogelijkheid tot financiële zekerheidsstelling?

Om inzicht te krijgen in de omstandigheden voor de uitvoering van Befize wordt, naast wetgevings-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek in het bijzonder gebruik gemaakt van een interviewronde, aangevuld met workshops, op basis van in overleg met de begeleidingscommissie vastgestelde vragenlijsten.

De evaluatie bestaat uit een verkennende fase (de hoofdstukken 1 en 2) en de feitelijke evaluatie die zich toespitst op een inhoudelijke analyse met medewerking van de betrokken actoren (hoofdstukken 3 en 4). De probleemstelling wordt als volgt uitgewerkt:

- § In de eerste plaats wordt in hoofdstuk 2 inzicht gegeven in de inhoud en achtergronden van de financiële zekerheidsstelling voor milieu-activiteiten. Daarbij wordt ingegaan op de doelstellingen en verwachtingen zoals die in het wetgevingsproces zijn geuit, en wordt ingegaan op enkele essentiële elementen van de huidige regeling. Voorts wordt als referentiekader voor dit onderzoek ingegaan op de belangrijkste inzichten in de literatuur omtrent de verplichting tot financiële zekerheidsstelling voor milieugevaarlijke activiteiten. Er wordt daarbij ingegaan op geformuleerde voor- en nadelen van dit instrument.
- § Daarna wordt in de hoofdstukken 3 en 4 op de uitvoering van Befize ingegaan. Via informatie van de begeleidingscommissie, aangevuld met een interviewronde en op basis van documenten wordt geïdentificeerd wat de belangrijkste inhoudelijke knelpunten en bezwaren zijn bij de uitvoering van de regeling. De mogelijke verbeterpunten worden in de workshops besproken.
- § Tot slot worden in hoofdstuk 5 de bevindingen gerapporteerd, en worden waar mogelijk aanbevelingen tot verbetering gedaan. Deze verbeteringen kunnen liggen op het terrein van regelgeving en op het terrein van de uitvoeringspraktijk.

1.3

DE ACTOREN ROND BEFIZE

Bij Befize zijn verschillende partijen betrokken. Voor deze studie maken wij onderscheid tussen twee niveaus, namelijk actoren die bij de uitvoering van Befize een directe rol hebben en indirect betrokken actoren, die invloed hebben op regelgeving en uitvoeringsprocedures.

De nadruk in het onderzoek ligt op posities van direct betrokken actoren. Het gaat daarbij om:

- § De rol van het bevoegde gezag. Daarbij wordt enerzijds ingegaan op de afwegingen en factoren relevant voor een algemene of concrete stellingname dat het opleggen van een financiële zekerheid niet zinvol zou zijn. Anderzijds wordt de eventuele oplegging van een zekerheidsplicht nader onderzocht aan de hand van opgedane positieve en negatieve ervaringen. Een positieve ervaring zou kunnen zijn een geconstateerde preventieve werking; een negatieve ervaring zou kunnen zijn de (onevenredig) hoge bestuurlijke lasten.
- § De rol van de vergunninghouders. Daarbij wordt ingegaan op de financiële administratieve en eventuele andere gevolgen voor de bedrijven ten gevolge van een zekerheidsplicht. In het bijzonder wordt ingegaan op de gekozen vorm van financiële zekerheid, en de eventuele problemen die ontmoet worden bij het regelen van die zekerheid. Bovendien wordt ingegaan op afwegingen om al dan niet over te gaan tot op vrijwillige basis regelen van zekerheid, en op de vraag of ten gevolge van de zekerheidsstelling een preventieve werking plaatsvindt.
- § De rol van de zekerheidsstellers. Daarbij wordt geïnventariseerd door welke bedrijven zekerheden worden verleend. Ook mededingaspecten krijgen hierbij aandacht, zij het dat het onderzoek gelet op het gelimiteerde budget de huidige markt voor financiële zekerheden niet kan onderzoeken op mededingingsaspecten.

Indirect betrokken actoren zijn:

- § De Minister van VROM, als primair verantwoordelijke voor het milieubeleid.
- § Branche-organisaties: VNO-NCW en MKB, als vertegenwoordigers van het georganiseerde bedrijfsleven; daarnaast verenigingen voor specifieke branches, zoals de Vereniging Afvalbedrijven.
- § IPO en VNG, als vertegenwoordigers van de bevoegde gezagen.

De kern van de inhoudelijke evaluatie vindt plaats met direct betrokkenen. Indirect betrokken actoren hebben inbreng bij voorbereiding en eindoordeel, al dan niet via de begeleidingscommissie.

1.4

UITVOERING

Het onderzoek, dat plaatsvindt in het kader van het project “Structurele evaluatie milieuwetgeving” (STEM), is uitgevoerd door mr. Ghislaine In de Braek en mr. dr. Marjan Peeters (onderzoeksinstituut Metro / Universiteit Maastricht) en dr. Frans van der Woerd (Instituut voor Milieuvraagstukken, Vrije Universiteit Amsterdam). Peeters en In de Braek hebben de juridische aspecten voor hun rekening genomen, terwijl Van der Woerd verantwoordelijk is voor het bedrijfseconomische deel. Inhoudelijk advies is gegeven door prof. dr. Michael Faure (onderzoeksinstituut Metro / Universiteit Maastricht). De projectcoördinatie lag in handen van Marjan Peeters.

Het onderzoek is ondersteund door een begeleidingscommissie, die tweemaal bijeen is gekomen. Deze commissie was samengesteld uit voornamelijk direct betrokken actoren bij de uitvoering van Befize (zie bijlage 2). In de begeleidingscommissie is met name het volgende besproken: de opzet van het onderzoek, de vragenlijsten voor de interviews, en het eindconcept.

Het onderzoek is gestart in februari 2006 en afgerond in oktober 2006.

HOOFDSTUK

2

Achtergrond en doelstelling Befize

2.1 OPVATTINGEN UIT DE LITERATUUR OVER HET INSTRUMENT VAN FINANCIËLE ZEKERHEIDSSTELLING

2.1.1 INLEIDING

In deze paragraaf wordt in samenvattende zin ingegaan op de belangrijkste inzichten in de literatuur aangaande de voor- en nadelen van het instrument van financiële zekerheidsstelling. Daarbij wordt in de eerste plaats verslag gedaan van rechtseconomische inzichten. Vervolgens komen de belangrijkste standpunten uit de Nederlandse milieurechtelijke literatuur aan bod. Ten derde wordt ingegaan op bedrijfskundige en bedrijfseconomische aspecten.

2.1.2 RECHTSECONOMISCHE LITERATUUR

In de rechtseconomische literatuur wordt een financiële zekerheidsverplichting doorgaans als een belangrijk instrument gezien.⁸ De volgende twee kernargumenten worden aangevoerd:

§ Slachtoffers zouden moeten worden beschermd tegen insolventie van schadeveroorzakers, en dit algemene argument geldt ook in het bijzonder voor slachtoffers van milieuschade. Insolventie van de veroorzaker kan er toe leiden dat milieuschade niet wordt hersteld of, indien een precies herstel niet mogelijk is, niet wordt gecompenseerd.

Als “slachtoffer” kan hier ook de overheid worden gezien die tot taak heeft om de kwaliteit van het milieu te waarborgen, en in die zin verantwoordelijkheid draagt voor het saneren van milieuschade.

§ Door de eisen die gesteld worden door degene die de financiële zekerheid verschaft, zoals een verzekeraar, ontstaat een extra positieve beïnvloeding van het gedrag van degene die een potentieel milieugevaarlijke activiteit uitvoert.

⁸ Er volgt in deze en de volgende paragraaf een samenvatting van argumenten zoals gepresenteerd door: Michael Faure, *Economic Criteria for Compulsory Insurance*, The Geneva Papers, 2006, 31; Michael Faure en Ton Hartlief, *Verplichte Verzekering*, in Liber Amicorum prof. mr. J.H. Wansink, Kluwer, Deventer, 2006 (de Wansink-bundel: van draden en daden), en Hubert Bocken, *Financial Guarantees in the Environmental Liability Directive: Next time Better*, in *European Environmental Law Review*, January 2006, p. 13-32. In deze artikelen zijn veel literatuurreferenties verwerkt. Een uitgebreider literatuuronderzoek is niet inpasbaar in het onderhavige onderzoeksbudget.

Dit wordt doorgaans de preventieve werking genoemd die ten gevolge van (ook reeds de mogelijkheid van) het opleggen van een financiële zekerheid kan optreden.

Er zijn bij een door de overheid verplichte zekerheidsstelling voor bedrijven echter ook kanttekeningen te plaatsen:

- 1) Het is in principe de vraag of een wettelijke plicht strikt gezien nodig is: indien bedrijven zich in voldoende mate verzekeren tegen milieuschade, of andere constructies aangaan zoals fondsvorming, zou een wettelijke plicht niet nodig zijn.⁹
- 2) Indien de overheid bijvoorbeeld een verzekering verplicht stelt, dan ontstaat mogelijk een te grote en ongewenste afhankelijkheid van de markt. Qua beeldvorming zou kunnen worden gezegd dat de financiële zekerheidsstellers de rol van de vergunningverleners in zekere mate overnemen. Immers, naast de vergunningseisen zal een bedrijf ook te maken krijgen met de eisen die de financiële zekerheidssteller op wenst te leggen. Een belangrijk aandachtspunt in dat verband is de vraag wat de wetgever richting de financiële zekerheidsstellers, in het bijzonder de verzekeraars, zou moeten regelen, om zo een eventuele ongewenste afhankelijkheid te reduceren.
- 3) Een ander belangrijk aandachtspunt is de vraag of de verzekeringsmarkt, of, ruimer gesteld, de markt voor financiële zekerheden, voldoende concurrerend is. Er moet voor gewaakt worden dat de facto slechts onaantrekkelijke verzekeringen beschikbaar zijn. Indien de markt geen milieuschadeverzekering of andere geschikte vormen van financiële zekerheidsstelling zou aanbieden, ontstaat een impasse.¹⁰ Naleving en handhaving van mededingingsregels behoeft uiteraard aandacht.
- 4) In het geval van bijvoorbeeld een gesloten verzekeringsovereenkomst kan natuurlijk contractbreuk van de kant van de verzekerde betekenen dat de verzekeringsmaatschappij niet tot uitkering overgaat. Dan ontstaat wederom het gevaar dat de schade niet hersteld of gecompenseerd wordt. Ook bestaat de mogelijkheid dat een verzekeringsuitkering in de boedel van een faillissement valt.
- 5) Voorts moet de relatie tussen het specifieke aansprakelijkheidsregime en de financiële zekerheid worden doordacht. Het is niet uitgesloten dat activiteiten die onder de werkingssfeer van Befize vallen, eveneens onder een regime van risico-aansprakelijkheid kunnen vallen (te denken valt aan art. 175 en art. 176 Boek 6 BW).¹¹

⁹ Vergelijk ook het standpunt van J.H.G. Van den Broek, Besluit financiële zekerheid milieubeheer, M en R 2002, nr. 6, p. 162. Meer in zijn algemeenheid kan worden gewezen op een van de eisen van het wetgevingskwaliteitsbeleid, te weten het vereiste van subsidiariteit.

¹⁰ Een dergelijke situatie is reeds opgetreden in de Bondsrepubliek Duitsland. Daarentegen bestaat in de Verenigde Staten van Amerika een positieve ervaring met een verplichte verzekeringsstelling. Zie M. Faure, a.w. 2006, p. 159.

¹¹ Voorts is aannemelijk dat er gevallen zullen zijn die zowel onder de werkingssfeer van Befize vallen als onder de reikwijdte van de richtlijn milieuaansprakelijkheid.

Op grond van rechtseconomische inzichten kan worden gesteld dat met name in het geval van risicoaansprakelijkheden er een sterke reden is voor invoering van een verplichte zekerheidsstelling, met name indien de potentiële schade hoger is dan het vermogen van de exploitant. Bij een schuldaansprakelijkheid loopt de exploitant pas een financieel risico indien hij niet de van hem verwachte preventieve zorgvuldigheidsmaatregelen heeft genomen: er is dan sprake van verwijtbaarheid en vervolgens ook – indien aan de andere vereisten voor het vestigen van aansprakelijkheid wordt voldaan – aansprakelijkheid. Deze exploitant zal juist hierom de kosten van de preventieve maatregelen als belangrijkste financiële overweging nemen. Bij een risicoaansprakelijkheid daarentegen vindt door de exploitant naar verwachting een andere financiële afweging plaats: hij zal slechts die mate van preventieve maatregelen willen treffen waarmee hij een aansprakelijkheid vergelijkbaar met zijn vermogen kan afwenden. De exploitant is daarmee financieel niet geprikkeld om duurdere preventieve maatregelen te treffen. Dit kan leiden tot een lager niveau aan preventieve maatregelen in vergelijking met een schuldaansprakelijkheid.¹² Om deze reden wordt in de rechtseconomische literatuur gepleit voor het verplicht stellen van financiële zekerheden in geval van risicoaansprakelijkheid.

In de literatuur is betoogd dat het aantrekkelijk lijkt een flexibel regime te kiezen voor het invullen van de plicht voor bedrijven tot financiële zekerheidsstelling. Het idee daarbij is dat er een wettelijke plicht is voor bedrijven tot het nemen van een financiële zekerheid, en dat de vaststelling van de hoogte en vorm daarvan wordt overgelaten aan bijvoorbeeld een vergunningverlener.¹³ Deze “case-by-case” benadering is proportioneel (in die zin dat de zwaarte van de zekerheidsstelling afgestemd kan worden op het risico), en daarmee toegespitst op de individuele potentieel gevaarzettende situatie. Het wordt als een voordeel gezien dat de exploitant zelf een grote mate van beslissingsvrijheid heeft in de keuze van de financiële zekerheidsvorm. Deze deskundigheid berust immers eerder bij bedrijven dan bij de overheid. Het huidige in de Wet milieubeheer en Befize opgenomen regime voor financiële zekerheid laat echter aan de vergunningverlener een keuze of überhaupt een financiële zekerheid wordt voorgeschreven; in zoverre verschilt het huidige regime van het rechtseconomisch uitgangspunt dat, met name bij risico-aansprakelijkheden, een financiële zekerheid zou moeten worden gesteld.

Er zijn vele vormen denkbaar voor financiële zekerheidsstelling. In de literatuur is veel aandacht besteed aan fondsvorming, opdat de overheden een apart budget ter beschikking zouden hebben voor het saneren of compenseren van milieuschade.¹⁴

¹² Zie hierover, met een rekenvoorbeeld, M. Faure, a.w. 2006, p. 155 - 157.

¹³ Zie M. Faure, a.w. 2006, p. 162.

¹⁴ Zie voor verschillende voorbeelden en literatuurverwijzingen H. Bocken, a.w. 2006, p. 17. Er zijn vele fondsvarianten te onderscheiden.

De richtlijn milieuaansprakelijkheid in relatie tot financiële zekerheidsstelling. Juist vanwege de hiervoor aangegeven relatie tussen het type aansprakelijkheid en de wenselijkheid van een plicht tot financiële zekerheidsstelling is er kritiek geuit op de in 2004 aangenomen Europese richtlijn milieuaansprakelijkheid.¹⁵ In deze richtlijn wordt voor aangewezen activiteiten een risico-aansprakelijkheid geïntroduceerd, echter zonder dat tegelijkertijd een afdoende regeling voor financiële zekerheidsstelling wordt geregeld in de richtlijn zelf.¹⁶ De richtlijn bevat slechts een zacht geformuleerde verplichting voor de lidstaten:

“De lidstaten nemen maatregelen om de geëigende economische en financiële actoren aan te moedigen financiële-zekerheidsinstrumenten en -markten te ontwikkelen, met inbegrip van financiële mechanismen voor gevallen van insolventie, opdat de exploitanten gebruik kunnen maken van financiële garanties om hun verantwoordelijkheden krachtens deze richtlijn na te komen.”¹⁷

Voorts wordt in de richtlijn overwogen dat de Commissie op basis van een in uiterlijk in april 2010 gereed zijnde evaluatie voorstellen zou kunnen doen tot de invoering van een systeem van geharmoniseerde verplichte financiële zekerheid.¹⁸

Het ontbreken van een financiële zekerheidsplicht voor een exploitant als bedoeld in de richtlijn milieuaansprakelijkheid is des te meer opvallend nu in de overwegingen van de richtlijn uitdrukkelijk is gesteld dat de richtlijn het beginsel “de vervuiler betaalt” beoogt te implementeren. Als uitgangspunt wordt genomen dat een exploitant wiens activiteiten milieuschade of een onmiddellijk gevaar voor milieuschade hebben veroorzaakt, financieel aansprakelijk moet worden gesteld.¹⁹ Aanvullend zijn er beginselen die een onredelijke doorvoering van dat beginsel corrigeren, zoals het evenredigheidsbeginsel en het streven naar een kosteneffectief milieubeleid. Dit zou kunnen inhouden dat met name gezocht zou worden naar financiële zekerheidsinstrumenten die zien op het probleem van insolvabiliteit, en niet zo zeer op dekking van de aansprakelijkheid zelf.²⁰

Niettemin zou, volgens Bocken, wellicht uit artikel 8, tweede lid, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn toch een gehoudenheid kunnen worden afgeleid voor lidstaten om een vorm van financiële zekerheid te ontwikkelen en te benutten voor het kostenverhaal dat zij moeten uitvoeren richting schadeveroorzaker.²¹

¹⁵ Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, Pb EU 30.4.2004, L 143, p. 56-75.

¹⁶ Zie voor deze kritiek onder meer M. Faure, a.w. 2006, p. 162.

¹⁷ Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG), art. 14, eerste lid.

¹⁸ Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG), art. 14, tweede lid.

¹⁹ Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG), overweging 2.

²⁰ H. Bocken, a.w. 2006, p. 27 en verder, waar hij verwijst naar overweging 3 van de richtlijn milieuaansprakelijkheid.

²¹ H. Bocken, a.w. 2006, p. 22, 25 en 27.

Ook al is de richtlijn op verschillende manieren interpreteerbaar, het zou een redelijke uitleg kunnen zijn dat in artikel 8, tweede lid van de richtlijn de plicht is opgenomen voor lidstaten om een financieel mechanisme in te stellen om de overheden te beschermen tegen insolventie van de exploitanten. Indien deze visie inderdaad juist is, zou derhalve bij de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid opnieuw aandacht ontstaan voor het instrument van financiële zekerheidsstelling. In dat verband worden door Bocken enkele instrumenten belicht die een geschikte implementatie zouden kunnen zijn, waaronder het Nederlandse Befize, en twee eenvoudigere Scandinavische systemen.

2.1.3

MILIEURECHTELIJKE LITERATUUR

Reeds in de jaren tachtig van de vorige eeuw is in de Nederlandse literatuur aandacht besteed aan het mogelijke gebruik van het instrument van financiële zekerheidsstelling in het milieurecht. Het thema is uitgebreid behandeld in het rapport van de werkgroep "Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade" dat in 1987 is gepresenteerd aan de Vereniging voor Milieurecht.²² Zo pleitte Robesin voor het loslaten van een terughoudende houding met betrekking tot de wettelijke verzekeringsplicht:

"Een dergelijke plicht, mits gekoppeld aan aanvaardbare limieten aan tijd en bedrag, heeft namelijk belangrijke voordelen: preventieve werking en slachtofferbescherming."²³

Naast de mogelijkheid van het opleggen van een verzekeringsplicht is aandacht besteed aan het instellen van een fonds om degenen die milieuschade lijden tegemoet te kunnen komen. Bröring heeft gepleit voor het instellen van één algemeen milieuschadefonds.²⁴ In Nederland is in 1970 een fonds met een beperkte reikwijdte ingesteld, te weten het Fonds luchtverontreiniging.²⁵ Dit fonds vormt een aanvulling op de mogelijkheid om langs de weg van onrechtmatige daad opgelopen schade te verhalen. Voor zover dat niet mogelijk is kan het Fonds tot een uitkering komen aan degene die ten gevolge van plotseling optredende luchtverontreiniging schade heeft geleden welke redelijkerwijs niet of niet geheel tot zijn last behoort te blijven.²⁶

²² Rapport 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade', Vereniging voor Milieurecht, 1987-4, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989.

²³ Zie M.A. Robesin in 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade', Vereniging voor Milieurecht, 1987-4, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 148.

²⁴ Zie H.E. Bröring in 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade', Vereniging voor Milieurecht, 1987-4, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 152.

²⁵ Wet van 26 november 1970, Stb. 580. Zie over dit Fonds luchtverontreiniging, en over de mogelijkheid om een algemeen milieuschadefonds in te stellen: H.E. Bröring, a.w.1989, p. 151 e.v.

²⁶ Zie hierover M. Faure, T. Hartlief en M. Hertoghs, Evaluatie van het Fonds Luchtverontreiniging, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2000.

Inmiddels heeft de Minister van VROM het voornemen kenbaar gemaakt om het Fonds luchtverontreiniging op te heffen.²⁷ Reeds in 2000 is in een evaluatierapport geconstateerd dat het Fonds nauwelijks serieuze compensatie heeft kunnen bieden voor de reële schade die door luchtverontreiniging werd veroorzaakt.²⁸ De Minister kondigde voorts aan dat bij de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid de totstandbrenging van een milieuschaderegeling zal worden bekeken.²⁹

Een wettelijke verplichting (of eventueel een bij vergunningverlening op te leggen plicht) voor een bedrijf om aan een schadefonds bij te dragen zou een vorm van financiële zekerheidsstelling kunnen zijn. De belangrijkste reden voor de introductie van het Fonds luchtverontreiniging is vooral de bescherming van de slachtoffers, aangezien schade ten gevolge van luchtverontreiniging vaak moeilijk via een onrechtmatige daadsactie kan worden verhaald. Bij de mogelijkheid van artikel 8.15 Wm speelt veel meer het motief dat het bedrijf in financiële zin verantwoordelijk moet worden gehouden voor ofwel het nakomen van de voorschriften met betrekking tot afval, dan wel voor eventuele ontstane bodemschade.

In een in 1998 gepubliceerd rapport wordt vervolgens geconcludeerd dat een milieuschadevoorziening waaruit maatregelen tot herstel van ecologische schade kunnen worden gefinancierd een zeer welkome aanvulling zou zijn op het instrumentarium ter bescherming en verbetering van de milieukwaliteit.³⁰ Deze voorziening zou zijn bedoeld als vangnet voor de financiering van het herstel van zuiver ecologische dan wel gemengde ecologische schade. Deze voorziening zou vooral betrekking hebben op grootschalige verontreiniging, waarbij veroorzakers veelal niet kunnen worden getraceerd. Het beoogt daarmee duidelijk een andere voorziening dan waarop art. 8.15 Wm en Befize betrekking hebben. Deze laatste hebben primair het oogmerk om exploitanten daadwerkelijk financieel verantwoordelijk te stellen voor de naleving van de vergunningsvoorschriften en de voor hun rekening komende aansprakelijkheid voor milieuschade.

In het kader van de discussie over het instellen van een ruimer milieuschadefonds is overigens reeds stilgestaan bij het feit dat het een lastig vraagstuk is langs welke criteria bedrijven verplicht zouden moeten worden een bijdrage aan een dergelijk fonds te geven. Bovendien is bij een eventueel gedragsbeïnvloedend effect van een dergelijke financiële last de kanttekening geplaatst dat deze gemitigeerd wordt indien de prijs doorberekend kan worden in de producten.³¹

²⁷ Kamerstukken II, 2005-2006, 29 383, nr. 38 (Meerjarenprogramma herijking van de VROM-regelgeving, brief van de Staatssecretaris van VROM, 10 november 2005).

²⁸ M. Faure, T. Hartlief, M. Hertoghs, a.w. 2000.

²⁹ Zie de eerder aangehaalde brief van de Staatssecretaris van VROM, 10 november 2005, p. 7.

³⁰ VROM, Publikatiereeks milieubeheer, Milieuschade in Nederland, Een onderzoek naar de mogelijkheden en noodzaak van een voorziening ter financiering van het herstel van ecologische schade, nr. 1998/9.

³¹ Zie H.E. Bröring, a.w. 1989, p. 160.

In latere literatuur is specifiek ten aanzien van het besluit Befize betoogd dat deze regeling in feite ongeschikt zou zijn. De noodzaak van invoering van Befize zou zelfs niet zijn aangetoond. Deze stellingname door Van den Broek betreft zowel de financiële zekerheid voor het nakomen van verplichtingen als ook voor bodemschade.³² Praktisch gezien zou het effect van Befize volgens de schrijver echter enigszins meevallen gelet op onder meer de beperkte werkingssfeer van het besluit.

De argumenten van Van den Broek, die hij deels baseert op in opdracht van VROM uitgebrachte rapporten, zijn kort gezegd de volgende:

- § In het verleden zijn zeer weinig incidenten voorgekomen, zo weinig dat hieruit geen noodzaak voor het Befize kan worden afgeleid.³³ Ook is er geen omvangrijke problematiek rondom faillissementen.³⁴ Onder verwijzing naar enkele rapporten zou er naar verwachting slechts één incident per jaar zijn, met gemiddelde kosten van € 180.000. Van den Broek werpt in dat verband de vraag op of de jaarlijkse administratieve lasten voor de bedrijven niet disproportioneel zijn. Bovendien zouden bij deze kosten-baten afweging ook de kosten voor het openbare bestuur en de rechterlijke macht moeten worden betrokken.
- § Het is niet logisch om voor de in principe goed functionerende bedrijven een extra financiële last en prikkel in te bouwen, terwijl de bedrijven die geen verantwoordelijkheid nemen (en zonder vergunning draaien) niet door dit besluit getroffen worden.³⁵

Voorts stelt Van den Broek dat de onderbouwing van de aanwijzing van categorieën voor bodemschade onvoldoende is.³⁶

In relatie tot de implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid is door Bocken echter gesteld dat Befize een interessant voorbeeld is, met name door de gedifferentieerde mogelijkheid voor het opleggen van financiële zekerheden.³⁷ De administratieve lasten voor het bedrijfsleven lijken mee te vallen door de proportionele aanpak: financiële zekerheid hoeft immers alleen te worden opgelegd indien dat na afweging nodig wordt bevonden. Op het eerder geuite bezwaar van de mogelijke hoge overheidsinspanningen gaat hij niet in. Wel verwijst hij naar nog eenvoudiger en goedkoper uit te voeren systemen, te weten een verplichte verzekering zoals toegepast in Zweden en Finland, waarbij het oogmerk gelegen is op het zekerstellen van middelen uitsluitend in geval van insolventie van de exploitant.

³² J.H.G. van den Broek, Besluit financiële zekerheid milieubeheer, M en R 2002, nr. 6, p. 166.

³³ J.H.G. van den Broek, a.w. 2002, p. 164.

³⁴ Van de Broek wijst hier op het rapport van Novio Consult, Rapportage 'Financiële Zekerheid', Nijmegen, 16 maart 1998.

³⁵ J.H.G. van den Broek, a.w. 2002, p. 162.

³⁶ J.H.G. van den Broek, a.w. 2002, p. 165.

³⁷ H. Bocken, a.w. 2006, p. 31.

2.1.4

BEDRIJFSKUNDIGE EN BEDRIJFSECONOMISCHE LITERATUUR

Naast de rechtseconomische literatuur bieden ook bedrijfskundige en bedrijfseconomische literatuur aanknopingspunten voor de analyse van met name het bedrijfsgedrag bij toepassing van financiële zekerheid. In het volgende gaan we in op de bedrijfsstrategie, de solvabiliteit, de directe en indirecte kosten van financiële zekerheid en de voorgeschreven vormen van financiële zekerheid.

Financiële zekerheid en bedrijfsstrategie

Strategie gaat over de lange termijn doelstellingen van een organisatie. Voor commerciële bedrijven zijn die doelstellingen primair economisch van aard. Voorbeelden zijn winstgevendheid, productiviteit en omzetgroei.³⁸ Naast economische doelstellingen heeft een bedrijf ook niet-economische doelstellingen, waaronder mogelijk ook milieu. Het zal duidelijk zijn dat, naarmate een bepaalde doelstelling belangrijker is, hij hoger op de agenda zal staan van de bedrijfsleiding. Winstgevendheid is altijd belangrijk voor het topmanagement van een bedrijf, minder belangrijke aspecten zoals milieu worden vaak gedelegeerd naar een specialist zoals de milieucoördinator.³⁹

Het stellen van financiële zekerheid behoort tot de categorie van economische milieubeleidsinstrumenten.⁴⁰ Kenmerk van deze instrumenten is dat beslissingen over milieumaatregelen worden ingebed in de financieel/economische besluitvorming van organisaties. Zoals we later zullen zien, brengen vormen van financiële zekerheid zoals bankgaranties en milieuverzekeringen voor een bedrijf kosten met zich mee. Indien deze kosten substantieel worden, zal er merkbaar invloed ontstaan op winstgevendheid en, in het geval van bankgaranties, op de leencapaciteit. Omdat op deze wijze een rechtstreeks verband ontstaat tussen milieu en de primaire economische doelstellingen van het bedrijf, neemt de kans toe dat het onder zekerheid gevatte milieuaspect op de agenda komt van de bedrijfsleiding. Toepassing van het Besluit financiële zekerheid kan er dus toe leiden dat milieu een belangrijkere plaats krijgt in de bedrijfsstrategie.

Solvabiliteit

Befize gebruikt solvabiliteit als criterium voor het financiële risico van de bedrijfsvoering. Solvabiliteit is het vermogen van een bedrijf om op lange termijn aan zijn verplichtingen te voldoen. Lange termijn wordt praktisch gelijk gesteld aan langer dan een jaar. De solvabiliteit geeft antwoord op de vraag hoe goed schuldeisers beschermd zijn in het geval van bedrijfsliquidatie.⁴¹ Solvabiliteit geeft daarmee een goede indicatie van de beschikbaarheid van financiële middelen om, in onvoorziene omstandigheden, noodzakelijke milieu-uitgaven te kunnen betalen.

De solvabiliteit kan op een aantal manieren worden weergegeven. Het meest gebruikte kengetal is de verhouding tussen eigen vermogen en het totale vermogen (balanstotaal) in procenten.

³⁸ Keuning en Eppink, Management en organisatie, Leiden/Antwerpen, 1987.

³⁹ Van der Woerd, Self-regulation in corporate environmental management: changing interactions between companies and authorities, Amsterdam, 1997.

⁴⁰ Opschoor, J.B. en H.B. Vos, Economic instruments for environmental protection, OECD, Paris, 1989.

⁴¹ Van der Woerd, K.F. et al, Handleiding MIOW*, IVM-VU, 1996.

Het eigen vermogen fungeert als buffer om verliezen op te vangen.⁴² De minimumnorm voor solvabiliteit is 25%, een solvabiliteit boven de 40% is zonder meer goed te noemen.⁴³

Bovenstaande definitie van solvabiliteit wordt standaard gebruikt door bedrijven en accountantskantoren en is in alle jaarrekeningen te vinden. Zoals alle bedrijfseconomische kengetallen, is het cijfer een momentopname. Om meer zekerheid te krijgen, kan het zin hebben om tevens de solvabiliteitscijfers van de afgelopen drie jaar te bekijken. Mogelijk negatieve trends in de tijd manen tot alertheid.

Op welk niveau moet men de solvabiliteit beoordelen? In het algemeen op het niveau van de juridische eenheid, dus op het niveau van de onderneming. Een moederbedrijf kan, door vermogensonttrekking of –suppletie, vergaand invloed uitoefenen op de solvabiliteit van een dochterbedrijf. Op concernniveau vallen de effecten tegen elkaar weg. Dit leidt tot de aanbeveling om solvabiliteit primair op concernniveau te bekijken.

Directe en indirecte kosten van financiële zekerheid

De 'case-by-case' benadering uit het Besluit financiële zekerheid maakt het mogelijk om dit instrument flexibel en proportioneel toe te passen. Aan dit voordeel zit echter ook een keerzijde: individuele beoordeling per bedrijf kan tot hoge transactiekosten leiden, zowel voor bedrijf als voor bevoegd gezag. Verplichte zekerheidsstelling leidt tot gestandaardiseerde procedures en gestandaardiseerde aanbiedingen van zekerheidsverschaffers. De kosten per bedrijf vallen dan naar verwachting lager uit. Transactiekosten zijn alle kosten die gemaakt moeten worden om tot een effectieve afspraak te komen. Typische transactiekosten zijn de kosten van contact (informatieverzameling), contract (in dit geval de plicht tot stellen van financiële zekerheid) en controle (handhaving)⁴⁴. In de dagelijkse praktijk worden transactiekosten aangeduid met begrippen als administratieve lasten (voor bedrijven), organisatorische kosten (voor bedrijven) of bestuurskosten (voor overheden).

Bij een analyse van de kosten-effectiviteit van maatregelen is het belangrijk om naast de directe kosten ook de indirecte kosten te beschouwen. Transactiekosten zijn een belangrijk onderdeel van de indirecte kosten, naast preventiekosten en leencapaciteit. In ons onderzoek zullen wij expliciet vragen naar de indirecte kosten.

De door VROM uitgegeven Handreiking voor Befize geeft informatie over de verschillende kostensoorten.⁴⁵ Volgens deze Handreiking bestaat er een interessante uitruil tussen bankgaranties en hypotheekenerzijds en verzekeringen anderzijds.

⁴² Ministerie van VROM, Handreiking Besluit financiële zekerheid milieubeheer, Den Haag, 2003.

⁴³ Van der Woerd, K.F., a.w. 1996; Ministerie van VROM, a.w. 2003.

⁴⁴ Williamson, O.E., Transaction cost economics; how it works, where is it headed, in: De Economist, Vol. 146, 23-58, 1998.

⁴⁵ Ministerie van VROM, a.w. 2003.

De directe kosten van een verzekering zijn relatief hoog, maar een verzekering heeft geen negatieve invloed op de leencapaciteit van een bedrijf (De leencapaciteit is het vermogen van een bedrijf om extra financiering aan te trekken voor het doen van investeringen) (zie Tabel 2.1). Helaas ligt deze uitruil in de praktijk niet zo eenduidig: ook bankgaranties brengen jaarkosten met zich mee en voor een hypotheek moet afsluitprovisie worden betaald. Per geval kunnen dus de meest gunstige totaalkosten verschillen. De keuzevrijheid voor bedrijf en bevoegd gezag wordt verder beperkt omdat in de meeste gevallen slechts een van de vormen van financiële zekerheid kan worden opgelegd.

Tabel 2.1

Directe en indirecte kosten van financiële zekerheid

Kostensoort	Bankgarantie	Hypotheek	Verzekering
Directe kosten	Nihil *	Nihil **	Groot
Indirecte kosten:			
Transactiekosten	Hoog	Beperkt	Hoog
Leencapaciteit	Hoog	Hoog	Nihil
Preventiekosten	Variabel	Variabel	Variabel

Bron: Handreiking Befize, blz. 21 (VROM, 2003) na hergroepering.

Niet correct: jaarkosten bedragen 1 à 2% van het garandeerde bedrag.

** Tabel is op dit punt niet correct: afsluitprovisie als eenmalige kosten.

Vormen van financiële zekerheidsstelling

De twee in artikel 8.15 Wm genoemde situaties (enerzijds nakomen van vergunningverplichtingen, anderzijds dekking van aansprakelijkheid voor schade) zijn in Befize in aparte artikelen uitgewerkt. Befize maakt een selectieve keus uit het brede mogelijke werkingsgebied:

- 1) Het nakomen van vergunningverplichtingen heeft uitsluitend betrekking op afvalbedrijven (Befize artikel 3 en bijlage 1).
- 2) De dekking van aansprakelijkheid voor schade heeft uitsluitend betrekking op schade aan de bodem (Befize artikel 7 en bijlage 2).

Voor beide situaties worden aparte criteria (Befize artikel 3 respectievelijk 7) en specifieke vormen van financiële zekerheid aangegeven (Befize artikel 5 respectievelijk 9).

De criteria voor toepassing van financiële zekerheid in de artikelen 3 en 7 zijn vrijwel identiek. In beide gevallen zijn de criteria zeer divers van aard:

1. financieel risico (solvabiliteit);
2. technisch risico (aard en omvang afvalstoffen respectievelijk potentieel schadelijke stoffen voor de bodem);

3. reeds genomen preventieve maatregelen: betreft zowel organisatie (milieuzorgsysteem), gedrag (naleving vergunningvoorschriften) als financiën (vrijwillige financiële zekerheid);
4. kosteneffectiviteit: wegen de milieubaten op tegen de kosten van het stellen van financiële zekerheid.

Een evenwichtige afweging door het bevoegd gezag vergt dus zowel technische, juridische, economische als bedrijfsorganisatorische kennis. Omdat niet te verwachten is dat alle vier soorten kennis in een persoon aanwezig zijn, vergt toepassing van Befize teamwerk. Technische en juridische kennis is traditioneel bij de milieu-afdelingen van bevoegde gezagen aanwezig, voor economische en bedrijfsorganisatorische kennis geldt dat niet.⁴⁶ In voorkomende gevallen zal het nodig zijn om ontbrekende kennis in te huren van externe adviseurs. Dit leidt voor het bevoegd gezag tot extra directe kosten, naast de intern benodigde bestuurskosten. Wij zullen bij de bevoegde gezagen expliciet vragen naar de noodzaak voor extern advies.

Belangrijk is, dat Befize verschillende vormen van zekerheidsstelling voor de twee verschillende situaties (afval en bodem) voorschrijft. Voor afvalbedrijven gaat het om bankgarantie/borgtocht of hypotheek/pandrecht (Befize, artikel 5). Voor schade aan de bodem om een passende verzekering (Befize, artikel 9). In beide gevallen is het ondernemingen ook toegestaan om hun risico's af te dekken door middel van een daartoe ingesteld fonds.

Dat de wetgever in verschillende situaties verschillende instrumenten voorschrijft, getuigt van gezond economisch inzicht. Immers, bij afval wil Befize het risico afdekken dat het afvalbedrijf door faillissement zijn normale economische activiteiten niet meer kan voortzetten. Dergelijke marktrisico's zijn niet te verzekeren, net zoals een persoon zich niet tegen werkloosheid kan verzekeren. Marktrisico's zijn alleen in grote collectiviteiten af te dekken, en dan komen we in feite bij een fonds terecht. Bankgaranties en hypotheeken zijn normale vormen van zekerheid die banken vragen bij het verstrekken van bedrijfskredieten.

Ongewenste, onvoorziene gebeurtenissen als bodemverontreiniging zijn in principe door verzekeringen af te dekken. Daarmee is verzekeren het voor de hand liggende instrument om bodemrisico's af te dekken. In dit verband is wel relevant of sprake is van een competitieve verzekeringsmarkt. Een fonds tegen bodemschade is te beschouwen als een ad hoc verzekeringspool.

Voor de toepassing van Befize in geval van bodemschade is het, voor zover het niet gaat om bodemschade als gevolg van brand of ontploffing, van belang onderscheid te maken tussen verwaarloosbaar, aanvaardbaar en onaanvaardbaar (hoog of verhoogd) risico.⁴⁷ Bij verwaarloosbaar risico is financiële zekerheid niet van toepassing, onaanvaardbaar risico moet ondervangen worden door aanvullende vergunningvoorschriften (en kan tijdelijk zijn toegestaan). Financiële zekerheid in de vorm van een verzekering is mogelijk in geval van aanvaardbaar risico.

⁴⁶ Van der Woerd, a.w., 1997.

⁴⁷ Caro Janssen (VROM), pers. med. 5 april 2005 (en zie bijlage 2 Befize).

De verzekering dekt in dat geval het beperkte restrisico. Het vergunningbeleid met betrekking tot bodemvoorschriften bepaalt dus de 'restruimte' voor toepassing van Befize.

Bankgaranties, hypotheek en verzekeringen zijn voor ondernemingen een normaal onderdeel van hun bedrijfsvoering. Voordeel van deze in Befize genoemde instrumenten is dus, dat het om voor ondernemingen bekende procedures gaat. Ook voor de aanbieders van deze producten, banken en verzekeraars, zijn dit dagelijks toegepaste instrumenten.

Uit het bovenstaande is duidelijk dat er goede economische argumenten zijn waarom de toe te passen instrumenten voor afvalbedrijven en bodemschade verschillen.

2.2 TOTSTANDKOMING EN DOEL HUIDIGE WETTELIJKE REGELING

2.2.1 INLEIDING

De mogelijkheid dat door de overheid een vorm van financiële zekerheid wordt verlangd voor bedrijfsmatige activiteiten met een milieurisico was reeds onderdeel van het Nederlands milieurecht voordat art. 8.15 Wm in werking trad op 1 maart 1993.⁴⁸ Immers, dit instrument werd bijvoorbeeld reeds geregeld in de op 1 januari 1987 in werking getreden Wet bodembescherming (Wbb).⁴⁹ Thans is de bevoegdheid tot het stellen van financiële zekerheid neergelegd in art. 16 van deze Wet, en deze kan worden benut in de zogenaamde algemene regels ter bescherming aan de bodem. De bevoegdheid ziet zowel op financiële zekerheid voor het nakomen van gestelde regels, als ook ter dekking van aansprakelijkheid voor schade van de bodem. Aan de introductie in de Wbb van het instrument van financiële zekerheidsstelling lag ten grondslag de opvatting dat ondernemingen en particulieren alleen dan potentieel milieugevaarlijke handelingen zouden mogen verrichten wanneer zij tevoren zouden hebben voorzien in voldoende liquiditeit om voor de vorderingen die uit de bodemverontreiniging voortvloeien verhaal te kunnen bieden. Tevens werd er van uitgegaan dat een verzekering een belangrijke 'preventieve werking' zou kunnen hebben, mede omdat extra preventieve maatregelen een veelal premieverlagend effect zouden hebben.⁵⁰

Voorts zijn reeds in de zestiger jaren van de vorige eeuw verdragen tot stand gekomen waarin is afgesproken om aan bepaalde bedrijven een plicht tot verzekering dan wel het stellen van financiële zekerheid voor te schrijven. Een voorbeeld is het in 1960 te Parijs gesloten Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van kernenergie.

⁴⁸ Artikel 8.15 Wm is van overeenkomstige toepassing verklaard op de vergunningverlening in het kader van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren; zie art. 7 Wvo.

⁴⁹ De mogelijkheid om bij AMvB financiële zekerheid te stellen werd in het wetsontwerp bodembescherming opgenomen bij tweede nota van wijziging, welke tegelijkertijd met de nota naar aanleiding van het eindverslag werd ingediend (Kamerstukken II, 1984/85, 16 529, nr. 10 en 11).

⁵⁰ Zie hierover de Nota van Toelichting bij Befize, Stb, 2003, 71, p. 9.

Hierin worden limieten en beperkingen vastgesteld voor de aansprakelijkheid van exploitanten van kerninstallaties, en tegelijkertijd ook de plicht tot verzekering of stellen van financiële zekerheid.⁵¹ In Nederland is dit verder geïmplementeerd in de Wet aansprakelijkheid kernongevallen.⁵² De achterliggende reden achter dergelijke bepalingen is traditioneel evenwel niet zo zeer de zorg voor de uitkering van schadevergoedingen, doch de inperking van de aansprakelijkheid van exploitanten.⁵³ Inmiddels worden de drempelbedragen opgehoogd; hiervoor is een wetswijziging in voorbereiding.⁵⁴ Ophogen van de drempelbedragen is natuurlijk in het voordeel van de slachtofferbescherming.

Naast de mogelijkheid om in vergunningen een financiële zekerheidsstelling voor te schrijven geeft de Wm ook ruimte om in zogenaamde algemene regels financiële zekerheidsplichten op te leggen.⁵⁵ Ervaringen die in dat verband zijn opgedaan kunnen van belang zijn. Het betreft hier met name het Besluit opslaan in ondergrondse tanks (BOOT)⁵⁶ en het Besluit benzinestations milieubeheer⁵⁷. In beide AMvB's is de voorwaarde opgenomen dat er financiële zekerheid gesteld moet worden voor eventuele milieuschade aan de bodem ten gevolge van het hebben van een ondergrondse tank met vloeibare brandstof of afgewerkte olie.⁵⁸

2.2.2

TOTSTANDKOMING VAN ARTIKEL 8.15 WET MILIEUBEHEER

In het op 10 januari 1986 gepresenteerde wetsvoorstel inzake 'Vergunningen en algemene regels' (waarmee hoofdstuk 8 Wet milieubeheer werd geïntroduceerd) werd een algemene grondslag voorgesteld voor het stellen van financiële

⁵¹ M.A. Robesin, a.w. 1989, p. 140-141.

⁵² De Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen geeft uitvoering aan het [Verdrag van Parijs](#) en het Verdrag van Brussel. Uitsluitend de exploitant van een kerninstallatie is aansprakelijk voor schade die is veroorzaakt door een kernongeval. Schuld van de exploitant is echter niet vereist. Op de exploitant rust een risico-aansprakelijkheid.

⁵³ A.M. Sewandono in 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade', Vereniging voor Milieurecht, 1987-4, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 169.

⁵⁴ Zie Kamerstukken II, 30 000, nr. 19, p. 6.

⁵⁵ Art. 8.40, derde lid, Wm, beperkt de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling voor niet-vergunningplichtige inrichtingen tot een verzekering tegen aansprakelijkheid voor schade, voortvloeiend uit de nadelige gevolgen voor het milieu. Zie verder de artikelen 8.44 Wm (regels voor vergunningplichtige inrichtingen) en 8.45 Wm (instructie-AMvB), beiden zonder beperking tot de verzekeringsvorm. Zie verder C.A. Janssen, Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid naar toekomstig recht: nieuwe oplossingen – Nederlands recht, in L.F. Wiggers-Rus en K. Deketelaere, Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid, Een vergelijking van Nederlands, Belgisch en Europees recht, Koninklijke Vermande, Lelystad, 1998, p. 99.

⁵⁶ Besluit van 1 juli 1998, houdende regels met betrekking tot het opslaan van vloeistoffen in ondergrondse tanks (Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998).

⁵⁷ Besluit van 20 januari 1994, houdende regels voor tankstations voor het wegverkeer

⁵⁸ Zie artikel 15 BOOT en artikel 8 Besluit tankstations. Zie verder Handreiking Besluit financiële zekerheid milieubeheer, VROM, p. 19.

zekerheid door inrichtingen.⁵⁹ Volgens het wetsvoorstel zou aan een vergunning voor een bij AMvB aangewezen inrichting een voorschrift kunnen worden verbonden die de vergunninghouder zou verplichten tot het stellen van financiële zekerheid. Daarbij werd onderscheid gemaakt tussen:

- 1) de kosten of schade die voor het bevoegd gezag kunnen ontstaan ingeval de vergunning of de daaraan verbonden voorschriften niet worden nageleefd; en
- 2) de kosten of schade die voor de overheid of derden kunnen optreden als gevolg van het oprichten of in werking hebben van een inrichting.⁶⁰

Beide vormen van kosten of schade zouden zo omvangrijk kunnen zijn dat het in het belang van de bescherming van het milieu gewenst was om voldoende waarborgen voor compensatie te scheppen.

In art. 8.15 Wm wordt aan de Kroon geen keuze gelaten of er een AMvB zou moeten komen; de bepaling is zodanig imperatief geformuleerd dat deze regeling er moet komen. Een tijdstip voor uiteindelijke vaststelling is evenwel niet opgenomen. Het oorspronkelijke wetsvoorstel ging nog uit van een facultatieve AMvB.⁶¹

Raad van State

De Raad van State plaatste in zijn advies over de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling bij vergunningverlening enkele kritische kanttekeningen.⁶²

Ten eerste werd opgemerkt dat behoudens wellicht zeer specifieke uitzonderingen, een inrichting, die ernstige nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, eigenlijk geen vergunning dient te krijgen.⁶³ Deze mening werd echter niet gedeeld door de regering. De praktijk zou immers laten zien dat de risico's van zulke bedrijven voor het milieu meestal door het treffen van – in de regel vergaande, maar uit (bedrijfs)economisch oogpunt aanvaardbare – voorzieningen tot een aanvaardbaar niveau konden worden beperkt. Omdat de risico's van deze bedrijven niet volledig konden worden uitgesloten, kon het stellen van financiële zekerheid naar opvatting van de regering een aanvullende betekenis hebben voor de bescherming van het milieu.⁶⁴ Daarbij wordt gedacht aan inrichtingen die werken met afvalstoffen, inrichtingen die ernstige bodemverontreiniging kunnen veroorzaken, en inrichtingen die onder de werkingssfeer van het Besluit risico's zware ongevallen vallen.

In de tweede plaats vermoedt de Raad dat de mogelijkheid van financiële zekerheid in de praktijk slechts spaarzaam toegepast gaat worden. De Raad stelt dat indien van overheidswege een substantiële zekerheid wordt verlangd de

⁵⁹ Zie Kamerstukken II, 1988/1989, 21 087, nr. 3 en Kamerstukken II, 1988/89, 21 087, A (Advies van de Raad van State d.d. 21 april 1987, nr. W08.86 0022).

⁶⁰ Kamerstukken II, 1988/89, 21 087, nr. 3, p. 78.

⁶¹ C.A. Janssen, a.w. 1998, p. 100.

⁶² Kamerstukken II, 1988/89, 21 087, A, m.n. p. 25-26.

⁶³ Kamerstukken II, 1988/89, 21 087, A, p. 25.

⁶⁴ Kamerstukken II, 1988/89, 21 087, A, p. 26.

vergunninghouder dientengevolge een omvangrijke financiële zekerheid zal moeten bewerkstelligen.

Door deze financiële verplichting zou de liquiditeit van een onderneming sterk kunnen worden aangetast en zou derhalve deze verplichting, gelet op ook andere te financieren investeringen, in vele gevallen onverwezenlijkbaar blijken te zijn. De regering onderscheidt in haar antwoord enerzijds de functie van en nut van een verzekeringsplicht en anderzijds de andere mogelijke vormen van financiële zekerheid. Een verzekering zal naar verwachting van de regering niet of nauwelijks van invloed zijn op de liquiditeitsposities van bedrijven. Echter, een verzekering is niet altijd passend of beschikbaar, met name waar het gaat om het stellen van financiële zekerheid voor de naleving van vergunningsvoorschriften. Voor dergelijke gevolgen zou er geen verzekering mogelijk zijn, maar zouden andere zekerheidsvormen gekozen moeten worden, die inderdaad meer invloed hebben op de liquiditeitsposities van bedrijven. De verzekering zou vooral geschikt zijn met betrekking tot aansprakelijkheid voor schade aan derden. In situaties waarbij een keuze zou kunnen worden gemaakt uit verzekering en andere vormen van zekerheidsstelling, zou de verzekering de voorkeur genieten.⁶⁵

Bijzondere overwegingen terzake de financiële zekerheid ter nakoming van vergunningvoorschriften

Deze mogelijkheid wordt ingebouwd opdat gewaarborgd kan worden dat een inrichting voor het naleven van bepaalde voorschriften voldoende financiële middelen beschikbaar heeft.⁶⁶ Op deze wijze worden de financiële risico's voor het handhavend gezag aanmerkelijk beperkt, aldus de regering. Wel wordt de nadelige invloed op het vermogen van het bedrijf onderkend. Als een mogelijke optie, met minder nadelige effecten, wordt de mogelijkheid van fondsvorming geopperd, waarbij uiteraard dan wel gegarandeerd zou moeten zijn dat ook het bevoegde gezag daarop aanspraken kan doen indien de vergunninghouder zijn vergunningverplichtingen niet nakomt.

Erkend wordt dat voor de bedrijven het vermogensbeslag (kosten die veelal gemaakt zullen moeten worden en die van tevoren ook bekend zijn) in de tijd naar voren worden geplaatst, namelijk naar het moment van de vergunningverlening.⁶⁷ Naast het feit dat bedrijven door een verplichting tot financiële zekerheid reeds bij vergunningverkrijging kosten moeten maken, is ook van belang dat een fiscaal voordeel naar voren kan worden gehaald door het vormen van een kostenegaliseringsreserve.⁶⁸

Opgemerkt wordt dat bij de voorbereiding van een algemene maatregel van bestuur een zorgvuldige afweging zal worden gemaakt tussen het belang van de bescherming van het milieu enerzijds en het belang van de betrokken bedrijven

⁶⁵ De regering verwijst hier naar een onderzoek van het Instituut voor milieuschade van de Erasmusuniversiteit, Publikatiereeks Milieubeheer van het ministerie van VROM, 1987, nr. 8.

⁶⁶ Kamerstukken II, 1989/90, 21 087, nr. 6, p. 64.

⁶⁷ Kamerstukken II, 1990/91, 21 087, nr. 13, p. 38.

⁶⁸ Kamerstukken II, 1990/91, 21 087, nr. 13, p. 40.

anderzijds, teneinde te voorkomen dat de liquiditeitspositie van bedrijven meer beïnvloed zou worden dan vanuit milieuoogpunt strikt noodzakelijk is.⁶⁹

Voorts wordt gemeld dat bij de beoordeling van het bevoegd gezag of ten aanzien van een bepaalde vergunningaanvrager eisen van zekerheidsstelling wenselijk zijn, aan de (ongunstige) vermogenspositie van een bedrijf geen doorslaggevende rol mag worden toegekend.⁷⁰

Bijzondere overwegingen terzake de financiële zekerheid ter dekking van milieuaansprakelijkheid

Door financiële zekerheid ter dekking van aansprakelijkheid voor veroorzaakte milieuschade vooraf verplicht te stellen, kan de overheid het risico verkleinen dat de schadelijgende partij (dit kan ook de overheid zelf zijn) de schade ten gevolge van inrichtingsactiviteiten zelf moet dragen. Het gaat hier volgens de wetsgeschiedenis om geleden schade ten gevolge van een milieuverontreinigende of milieuaantastende gedraging, waarvoor aansprakelijkheid bestaat op grond van het civiele recht.⁷¹ Deze zekerheid zal met name kunnen worden gesteld door middel van het sluiten van een milieuaansprakelijkheidsverzekering.⁷² In de Memorie van toelichting werd onderkend dat de toentertijd beschikbare verzekeringsmogelijkheden, zowel wat betreft de condities als wat betreft de omvang van de te verzekeren schade, niet altijd toereikend bleken. Echter, aangenomen werd dat het aanbod verbeterd zou worden, ook onder invloed van de regeling voor risicoaansprakelijkheden in het Burgerlijk Wetboek.

Bij schade die voortvloeit uit milieuverontreiniging wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen geleidelijke en plotseling veroorzaakte milieuschade.⁷³ Het lag volgens de minister niet in de rede dit onderscheid te maken bij het creëren van de bevoegdheid om financiële zekerheid ter dekking van de aansprakelijkheid verplicht te stellen.⁷⁴ Met andere woorden: voor beide schadesoorten kan een eis tot financiële zekerheid worden opgelegd.

Overige overwegingen

De Memorie van toelichting vermeldt dat bij een eventuele voorbereiding van een AMvB gebruik zal worden gemaakt van de ervaringen die met het middel 'financiële zekerheid' zijn of worden opgedaan in het kader van onder andere de Wet bodembescherming, de Wet chemische afvalstoffen, de Mijnewet continentaal plat, de Ontgrondingenwet en de Wet op de stad- en dorpsvernieuwing. Bij de voorbereiding zou voorts overleg gepleegd worden met betrokken instellingen zoals banken en verzekeringsmaatschappijen, de bedrijven die wellicht met een verplichting tot financiële zekerheid te maken zouden krijgen, alsmede andere betrokken overheden.⁷⁵

⁶⁹ Kamerstukken II, 1988/89, 21 087, nr. 3, p. 78.

⁷⁰ Kamerstukken II, 1990/91, 21 087, nr. 13, p. 39.

⁷¹ Kamerstukken II, 1989/90, 21 087, nr. 6, p. 65.

⁷² Kamerstukken II, 1988/1989, 21 087, nr. 3, p. 78-79; Kamerstukken II, 1990/91, TK 21 087, nr. 13, p. 38.

⁷³ Zie Handreiking Besluit financiële zekerheid milieubeheer, Ministerie van VROM, p. 7-9.

⁷⁴ Kamerstukken II, 1990/91, 21 087, nr. 13, p. 42.

⁷⁵ Kamerstukken II, 1988/89, 21 087, nr. 3, p. 78.

2.2.3

TOTSTANDKOMING VAN BEFIZE

In 2001 is, geruime tijd nadat artikel 8.15 Wm in werking is getreden is, het “Ontwerp-besluit financiële zekerheid milieubeheer” gepubliceerd.⁷⁶ Gekozen is om zowel voor de naleving van vergunningsvoorschriften als voor eventuele aansprakelijkheid voor schadetoebrengende inrichtingsactiviteiten de mogelijkheid van financiële zekerheid ter beschikking te stellen. In de Nota van toelichting bij het ontwerp worden enkele verwachte voordelen vermeld:

- § er zal vaker geld beschikbaar zijn om de eventuele milieuschade te vergoeden;
- § de preventie zal worden verbeterd;
- § het instrument sluit aan bij de ontwikkeling naar zelfregulering.⁷⁷

Over dit ontwerpbesluit heeft op 27 september 2001 een overleg plaatsgevonden tussen de vaste commissie voor VROM en de Minister van VROM. In dit overleg worden kritische punten geplaatst bij Befize, inhoudende:

- § Befize is niet echt een oplossing voor malafide bedrijven, terwijl het een lastenverzwaring is voor bonafide bedrijven.
- § Gelet op het feit dat er waarschijnlijk weinig incidenten hebben plaatsgevonden, is het de vraag of een dergelijke voorziening nodig is; bovendien zouden de administratieve kosten niet proportioneel zijn.
- § De rechtsgelijkheid zou in geding kunnen komen vanwege mogelijke verschillen in de uitvoering. Als reactie hierop zijn uiteindelijk in het besluit criteria opgenomen die bij de besluitvorming betrokken moeten worden.

De Minister is overigens juist van mening dat overwogen kan worden om het aantal categorieën te zijner tijd uit te breiden.

Tijdens de inspraakronde zijn een aantal reacties gegeven op het conceptbesluit.⁷⁸ De meest in het oog springende bezwaren luiden kort samengevat:

- § Financiële zekerheid is als instrument ongeschikt voor bedrijven die het niet zo nauw nemen met de milieuregels.⁷⁹
- § Financiële zekerheid is eveneens ongeschikt voor verantwoordelijke bedrijven. Zij zijn zich immers al bewust van hun verantwoordelijkheid voor milieuschade waarvoor zij aansprakelijk zouden zijn. Door de invoering van bedrijfsmilieuzorg(systemen), adequate milieuvergunningen en handhaving is de kans op plotseling optredende of sluipende milieuschade minimaal. Voorts nemen deze bedrijven hun verantwoordelijkheid door adequate voorzieningen – vaak verzekeringen – te treffen voor het geval ondanks hun inspanningen toch milieuschade zou worden veroorzaakt.
- § Financiële zekerheid heeft geen additionele preventieve werking voor welwillende ondernemers waar preventie reeds veel aandacht krijgt.⁸⁰

⁷⁶ Stcrt. 16 juli 2001, nr. 134.

⁷⁷ Nota van toelichting bij het Ontwerpbesluit financiële zekerheid milieubeheer, Stcrt. 16 juli 2001, nr. 134, p. 1.

⁷⁸ Volgens VNO-NCW, MKB, VNCI, Milieupool, CoFiZe, SVZ, NVB.

⁷⁹ Reactie van VNO-NCW.

⁸⁰ Reactie van MKB Nederland.

- § Mogelijke verplichting van financiële zekerheid strookt niet met de ontwikkeling naar meer eigen verantwoordelijkheid, maar zet juist koers in een tegenovergestelde richting, namelijk meer sturing door de overheid.⁸¹
- § Niet duidelijk is wat milieuschade is. In het concept en de toelichting daarop zou de suggestie worden gewekt alsof het slechts om schade als gevolg van bodemverontreiniging zou gaan. Duidelijk blijkt dat echter niet te zijn. Milieuschade zou nooit meer kunnen omvatten dan hetgeen waarvoor bedrijven op grond van het geldende Nederlandse recht (Burgerlijk Wetboek) aansprakelijk kunnen worden gehouden.⁸²
- § Niet is onderbouwd welke schade de overheid precies lijdt.⁸³
- § De aanwijzing van bedrijven is onvoldoende onderbouwd.⁸⁴ Opgemerkt wordt dat bij het aanwijzen van de categorieën van gevallen waarvoor financiële zekerheid gevraagd kan worden aangesloten is bij een categorie-indeling volgens de Nederlandse Richtlijn Bodembescherming (NRB). Het zou echter volstrekt onduidelijk zijn om hoeveel inrichtingen dit gaat. Er dient dan ook meer inzicht te worden verkregen in het aantal betrokken inrichtingen voordat tot verdere besluitvorming kan worden overgegaan. De effecten voor het bedrijfsleven zouden dan ook onvoldoende helder zijn. De gevolgen voor het midden- en kleinbedrijf zouden wel eens groter kunnen zijn dan de inschattingen gemaakt door het Ministerie van VROM.
- § Er bestaat een grote kans op willekeur en daarmee rechtsongelijkheid (onder andere bij het vaststellen van de hoogte van de financiële zekerheid).⁸⁵
- § Bedrijven worden gedwongen een verzekering af te sluiten. Het is niet duidelijk of voor bedrijven een adequate verzekering tegen een aanvaardbare premie mogelijk is.⁸⁶
- § Het concept is bedoeld als 'stok achter de deur'. Het idee van een 'stok achter de deur' is gebaseerd op schijnzekerheden.⁸⁷
- § Het voorgenomen besluit zal een lastenverzwaring voor het betrokken bedrijfsleven betekenen.⁸⁸
- § De internationale concurrentiepositie wordt aanzienlijk verslechterd.⁸⁹

Vervolgens is over het ontwerpbesluit geadviseerd door de Raad van State. De Raad geeft daarbij kritische overwegingen over de noodzaak van de regeling. Op basis van beschikbare gegevens wordt gesteld dat de noodzaak van financiële zekerheid een uitdrukkelijke rechtvaardiging behoeft. Met name zou nog moeten worden beargumenteerd dat de nadelige gevolgen van de regeling voor belanghebbenden niet onevenredig zijn met de te halen doelen.⁹⁰

⁸¹ Reactie van MKB Nederland.

⁸² Reactie van VNO-NCW.

⁸³ Reactie van VNO-NCW.

⁸⁴ Reactie van VNO-NCW en MKB Nederland.

⁸⁵ Reactie van VNO-NCW, VNCI en MKB Nederland.

⁸⁶ Reactie van VNO-NCW. De Milieupool heeft overigens aangegeven dat een aanvaardbaar en verhoogd risico niet altijd verzekeraar is.

⁸⁷ Reactie van VNO-NCW, VNCI, MKB Nederland.

⁸⁸ Reactie van MKB Nederland.

⁸⁹ Dit wordt door MKB Nederland als niet acceptabel beschouwd.

⁹⁰ Advies Raad van State, No. W08.02.0158/V, 's-Gravenhage 9 juli 2002.

In het nader rapport naar aanleiding van het advies wordt primair op grond van principiële argumenten betoogd dat er een noodzaak is voor deze AMvB. De gedachte daarbij is dat bedrijven verantwoordelijkheid dienen te nemen voor eventuele milieuschade en voorts risico's dienen af te dekken door het stellen van financiële zekerheid. Als algemeen uitgangspunt wordt genomen dat voorkomen moet worden dat de kosten die gemaakt moeten worden voor herstel van het milieu voor rekening van de overheid of derden (burgers, bedrijven, milieu-organisaties) komen. In relatie tot een eventuele discrepantie tussen de administratieve lasten en de uit het verleden gebleken werkelijke onkosten voor de overheid wordt opgemerkt dat de onderbouwing niet zozeer op basis van ervaringsfeiten in het verleden maar op basis van toekomstige verwachtingen wordt gebaseerd. Bovendien zijn schadegevallen in het verleden doorgaans niet geregistreerd. In het hierboven genoemde algemeen overleg met de Tweede Kamer heeft de minister bovendien ook opgemerkt dat de werkingssfeer reeds behoorlijk beperkt is.⁹¹

Geconstateerd kan derhalve worden dat er ten tijde van de voorbereiding van het besluit geen volledig kwantitatief beeld was van de aantallen situaties waarvoor financiële zekerheid een uitkomst zou zijn. De noodzaak van Befize wordt veel meer gebaseerd op principiële overwegingen en op verwachtingen omtrent gunstige effecten, zoals preventieve werking.

Op 8 februari 2003 wordt tenslotte overgegaan tot vaststelling van het Besluit financiële zekerheid, waarna dit besluit op 1 mei 2003 in werking treedt.

⁹¹ Kamerstukken II, 2001/02, 28 000 XI, nr. 7, p. 6.

HOOFDSTUK

3

De uitvoering van
Befize tot dusver

3.1

INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op het in november 2005 totstandgekomen IPO interimbeleid inzake Befize (§2) en op jurisprudentie betreffende de toepassing van Befize (§3). Daarna wordt verslag gedaan van de interviewronde onder actoren betrokken bij de uitvoering van Befize (§4).

3.2

IPO INTERIMBELEID BEFIZE

Inleiding

Door de IPO-Adviescommissie Milieu is aan een interprovinciale werkgroep opdracht gegeven om te zoeken naar een harmonisatie van de provinciale toepassing van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer. Daarbij zou gezocht moeten worden naar een aantal mogelijke constructies om de financiële risico's ten gevolge van milieuschade binnen de perken te houden. In de IPO-adviescommissie Milieu van 3 november 2005 is vervolgens het interprovinciaal interimbeleid Besluit Financiële Zekerheid Milieubeheer vastgesteld. Er wordt rekening gehouden met een aanpassing van dit interimbeleid na evaluatie van de uitvoering van Befize.⁹² In het navolgende zullen de belangrijkste uitgangspunten van dit interimbeleid besproken worden.

Gebleken is dat het functioneren van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer in de praktijk niet goed gaat.⁹³ Problemen liggen volgens het IPO-interimbeleid vooral in het feit dat provincies op verschillende manieren invulling geven aan het toepassen van het Besluit. Bovendien blijken niet alle provincies het Besluit toe te passen. Deze provincies lopen dan ook een financieel risico.

De beleidsnotitie beschrijft op welke wijze de provinciale toepassing van het Besluit dient plaats te vinden. Beschreven wordt hoe afwegingen dienen te worden gemaakt bij het toepassen van financiële zekerheid. Tevens is beschreven hoe de hoogte van het bedrag voor het stellen van financiële zekerheid dient te worden bepaald.

⁹² IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 9.

⁹³ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 3.

Het bevoegd gezag heeft de mogelijkheid om financiële zekerheid in de milieuvergunning voor een bedrijf op te leggen als een bedrijf dit niet vrijwillig wil doen. Het bevoegd gezag dient bij het al dan niet opleggen van financiële zekerheid een afweging te maken aan de hand van de criteria genoemd in de artikelen 3 en 7 van het Besluit. Het beleid gaat er (uiteeraard) van uit dat de artikelen 3 en 7 van het Besluit en de toelichting daarop het kader vormen voor het provinciale beleid ter implementatie van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

Risico's bij art. 3 bedrijven

In de praktijk is gebleken dat het de laatste 20 jaar in Nederland niet vaak is voorgekomen dat een legaal opererend afvalverwerkend bedrijf failliet is gegaan. In de meeste gevallen zijn de bedrijven die met een faillissement te maken kregen door een andere eigenaar tegen geringe overnamekosten overgenomen. Slechts bij een klein aantal bedrijven is dit niet gelukt. Het interimbeleid maakt duidelijk dat de kosten voor het verwijderen van opgeslagen afvalstoffen die voor rekening van provincies kwamen opgelopen zijn tot maximaal € 600.000 per geval. Het aantal gevallen per provincie staat op maximaal twee in de afgelopen 20 jaar.

Overigens wordt de kans dat een bedrijf failliet gaat gering geschat vanwege de vergaande professionalisering van de afvalbranche, de groter wordende concerns en de intensivering en professionalisering van de handhaving.⁹⁴ Dit betekent overigens niet dat er helemaal geen problemen kunnen ontstaan bij bedrijven. Er kunnen diverse factoren zijn waardoor verslechtering op kan treden. In het interimbeleid wordt als voorbeeld stagnatie in de afzetmarkt genoemd.⁹⁵

Risico's bij art. 7 bedrijven

Het interimbeleid stelt dat niet bekend is dat in het verleden bedrijven failliet zijn gegaan ten gevolge van brand of ontploffing, waarbij bodemverontreiniging is ontstaan.⁹⁶ In het kader van de art. 7 inrichtingen wordt voor twee soorten situaties beleid ontworpen:

1) Risico's ten gevolge van geleidelijk inwerkende processen en incidenten

Het beleid bij provincies is er op gericht dat zodanige maatregelen worden voorgeschreven dat in de meeste gevallen wordt voldaan aan het criterium verwaarloosbaar bodemrisico. Bij gevallen waar de maatregelen onvoldoende zijn (dus geen verwaarloosbaar risico) is het bestuursorgaan vrij om al dan niet gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het stellen van financiële zekerheid.

2) Risico's ten gevolge van calamiteiten

Het Besluit wijst een vijftal categorieën van bedrijven aan waarbij financiële zekerheid kan worden gesteld. In deze gevallen zal vrijwel altijd een milieuschadeverzekering zijn afgesloten.⁹⁷ Het bevoegd gezag kan hier gebruik maken van zijn bevoegdheid al dan niet financiële zekerheid te verlangen.

⁹⁴ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 8.

⁹⁵ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 8.

⁹⁶ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 8.

⁹⁷ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 8.

Bestuurlijke kosten

Het bevoegd gezag dient een afweging te maken of er in het concrete geval al dan niet financiële zekerheid opgelegd zal worden. Uiteraard brengt dit kosten met zich mee. Dit is volgens de economische literatuur een voorbeeld van transactiekosten. Vaak is advies van externe accountants of juristen noodzakelijk. In Befize wordt voor het maken van de afweging om financiële zekerheid te stellen voor het nakomen van vergunningverplichtingen een drempelwaarde genoemd van € 10.000.⁹⁸ Nagegaan is of het wenselijk is voor de provincies om die drempelwaarde te verlaten en te verhogen bij toepassing van het besluit bij de art. 3 bedrijven om daarmee het aantal bedrijven waarop het Besluit dan van toepassing wordt te verminderen en de grootste risico's af te dekken.⁹⁹ In het interimbeleid wordt benadrukt dat er tot op heden nog niet veel ervaring is opgedaan met het vaststellen van de inspanning per procedure voor zowel de vergunningverlening als de naleving van de vergunningvoorschriften. Afgaande op voorlopige gegevens wordt ervoor gekozen om in het interimbeleid een drempelwaarde te hanteren van € 100.000. Op deze regel wordt door de provincies Zuid-Holland en Overijssel een uitzondering gemaakt: deze provincies zullen een drempelwaarde van 1 miljoen euro hanteren.¹⁰⁰

Beslisboom

De criteria, die genoemd zijn in het Besluit, vormen de leidraad bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van onaanvaardbare financiële risico's. Op basis daarvan kan dan beslist worden of er al dan niet een verplichting wordt opgelegd tot het stellen van financiële zekerheid. In het interimbeleid is een zogenaamde beslisboom opgesteld.¹⁰¹ Hierin zijn 5 beslispunten opgenomen. In de beslispunten wordt verwezen naar de criteria zoals beschreven in art. 3 en art. 7 van het Besluit:¹⁰²

- § Beslispunt 1: Valt de inrichting onder het Besluit financiële zekerheid milieubeheer?
- § Beslispunt 2: Wordt de inrichting gedreven door een overheidsorgaan?
- § Beslispunt 3: Zijn de maximaal te verwachten beheerskosten lager dan het vastgestelde drempelbedrag en zijn de kosten voor het stellen van financiële zekerheid voor deze beheerskosten verhoudingsgewijs laag?
- § Beslispunt 4: Is op vrijwillige basis financiële zekerheid gesteld?
- § Beslispunt 5: Is er sprake van een goede solvabiliteit?

Afwijkende situaties Aan de hand van deze beslispunten kan worden besloten of al dan niet wordt overgegaan tot het stellen van financiële zekerheid. In de beslisboom spelen drie criteria uit Befize geen rol, namelijk de aanwezigheid van een milieuzorgsysteem, de frequentie van het afvoeren van afvalstoffen en het naleefgedrag van vergunningvoorschriften.

⁹⁸ Zie Bijlage 1 bij Befize.

⁹⁹ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 8/9.

¹⁰⁰ A.C. de Waaij, Twee jaar Besluit financiële zekerheid milieubeheer – IPO-interimbeleid vastgesteld, in: Milieu en Recht, jaargang 33, nr. 4, 2006.

¹⁰¹ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 10.

¹⁰² Voor de beslisboom en de toelichting bij elk beslispunt, zie IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 10 e.v.

Deze criteria zouden volgens het interimbeleid wel marginaal worden getoetst, maar zouden geen doorslaggevende rol toekomen.¹⁰³

Indien er bij een bedrijf op grond van het IPO-interimbeleid financiële zekerheid wordt gesteld dient dit in de vergunning duidelijk te worden gemotiveerd.¹⁰⁴ De beslisboom in het interimbeleid biedt hiervoor een handvat.

Afwijkende situaties

Er zijn volgens de provincies een aantal situaties denkbaar waarbij buiten de in het beleid beschreven situaties het bevoegd gezag financiële zekerheid kan eisen:

Art. 3 bedrijven met een drempelwaarde >€ 10.000 <€ 100.000

Wanneer het bevoegd gezag aanwijzingen heeft dat het bedrijf een slechte financiële positie heeft, maar vergunning heeft gevraagd voor het opslaan van een hoeveelheid afvalstoffen met een negatieve waarde boven een drempelwaarde van € 10.000, moet het bevoegd gezag volgens het interimbeleid de mogelijkheid kunnen gebruiken om toch financiële zekerheid te kunnen stellen ook onder de gestelde drempelwaarde van € 100.000. Het bedrijf zelf heeft dan de mogelijkheid om de hoeveelheid afvalstoffen die zij wil opslaan (aanzienlijk) te beperken. Daarmee kan dan het bedrag van de financiële zekerstelling beperkt worden of zelfs worden voorkomen dat een zekerstelling noodzakelijk is.¹⁰⁵ Bij een startend bedrijf kan dan worden voorkomen dat een bedrijf start met een slechte financiële positie zonder financiële dekking, of dat het bedrijf zijn opslagcapaciteit beperkt waarmee risico's voor het bevoegd gezag kleiner worden.

Art. 3 bedrijven en afzetproblemen

Soms vragen bedrijven een vergunning aan in verband met afzetproblemen. De noodzaak tot het opleggen van financiële zekerheid ligt dan in de problematiek van opbulking. Met het stellen van financiële zekerheid wordt verdere opbulking dan ook voorkomen omdat het bedrijf mogelijk afziet van het voortzetten van de vergunningprocedure.¹⁰⁶

Art. 7 bedrijven

Het bevoegd gezag heeft de mogelijkheid om ofwel preventieve maatregelen te eisen in de voorschriften ofwel een financiële zekerheid te eisen, indien bij een art. 7 inrichting niet het gewenste verwaarloosbaar bodemrisico aanwezig wordt geacht.¹⁰⁷ Er zijn volgens het interimbeleid situaties denkbaar waarbij een tijdelijke praktische oplossing gezocht dient te worden in verband met bijvoorbeeld pré-saneringssituaties of reeds bestaande bodembeschermende voorzieningen.¹⁰⁸

¹⁰³ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 12.

¹⁰⁴ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 9.

¹⁰⁵ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 14.

¹⁰⁶ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 14.

¹⁰⁷ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 14.

¹⁰⁸ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 14/15.

Ambtshalve wijziging

Het betreft hier vergunningen als bedoeld in art. 8.1 Wm. Deze vergunningen kunnen op basis van art. 8.22 (actualiseringsplicht) of art. 8.23 (ambtshalve wijziging) worden gewijzigd om er voor te zorgen dat er toereikende voorschriften aan de vergunning worden verbonden. In het interimbeleid wordt gesteld dat Befize één van die besluiten is die het bevoegd gezag de mogelijkheid biedt om een vergunning 'up-to-date' te houden.¹⁰⁹ In de Nota van Toelichting bij het Besluit is bij art. 3 expliciet uitgesproken dat toepassing van art. 8.22 en 8.23 Wm mogelijk is.¹¹⁰

3.3

JURISPRUDENTIE BEFIZE

Jurisprudentie op het gebied van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer is (nog) niet erg omvangrijk te noemen, hetgeen verklaard kan worden door de nog geringe toepassing van het besluit in de praktijk. In het navolgende zullen de belangrijkste uitspraken tot dusver worden besproken. Deze uitspraken zijn met name van belang voor de interpretatie van de bevoegdheid tot het voorschrijven van financiële zekerheidstelling. Voorts is van belang dat een beroep van bedrijven op het gelijkheidsbeginsel, ingegeven door verschil in toepassing van Befize, tot dusver niet is geslaagd.

Criteria die in ieder geval bij de beslissing tot oplegging van een financiële zekerheidsplicht betrokken moeten worden

In twee uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de eerste dateert van 27 april 2005 en de tweede dateert van 29 juni 2005) wordt ingegaan op de criteria die door het vergunningverlenend gezag ingevolge art. 3, tweede lid, lid 2 van het Besluit in ieder geval dienen te worden betrokken bij de beslissing tot het al dan niet opleggen van een financiële zekerheidstelling.¹¹¹ In de uitspraak van 27 april 2005 wordt bevestigd dat de in artikel 3 tweede lid van Befize genoemde criteria bij de besluitvorming moeten worden betrokken. In de uitspraak van 29 juni 2005 overweegt de Afdeling dat de criteria bij de beslissing tot het opleggen van financiële zekerheid 'voldoende' moeten worden betrokken. Opmerkelijk is dat de Afdeling in de laatstgenoemde zelfde uitspraak stelt dat het bevoegd gezag 'rekening dient te houden' met de criteria.¹¹² De wetstekst zelf hanteert als term "betrekken bij". Waarschijnlijk is hier sprake van een verschrijving in de overwegingen.

De wijze van toepassing van de criteria lijkt door de Afdeling marginaal te worden getoetst. Het is niet uitgesloten dat de criteria een verschillende rol dienen te spelen in de besluitvorming; zo zou het criterium dat reeds vrijwillige zekerheid is gesteld een zwaardere status hebben.¹¹³

¹⁰⁹ IPO-interimbeleid Besluit financiële zekerheid milieubeheer, p. 16.

¹¹⁰ Staatsblad 2003, 71, p. 34/35.

¹¹¹ ABRvS 27 april 2005, AB 2005/312 (m.nt. Tieman); M&R 2005/8, nr. 81 (m.nt. onder nr. 82 Ten Veen). en ABRvS 29 juni 2005, AB 2005/313 (m.nt. Tieman); M&R 2005/8, nr. 82 (m.nt. Ten Veen).

¹¹² Zie r.o. 2.7.1.

¹¹³ Noot Tieman bij AB RvS 29 juni 2005.

Uit de uitspraken valt echter niet duidelijk op te maken in hoeverre de criteria een (mogelijk verschillende) juridische binding hebben voor het bestuursorgaan.

Vaststellen hoogte van het bedrag

Bij het stellen van financiële zekerheid dient de hoogte van het bedrag te worden bepaald. Uit de jurisprudentie blijkt dat, indien die hoogte niet vermeld wordt, er sprake is van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb).¹¹⁴ In de uitspraak van 27 april 2005 heeft de Afdeling overwogen dat de criteria van art. 3 lid 2 van het besluit ook betrokken dienen te worden bij het bepalen van de hoogte van het bedrag waarvoor financiële zekerheid wordt gesteld.¹¹⁵ Dit is opmerkelijk, aangezien in art. 4 van het Besluit een regeling wordt gegeven om de hoogte van het bedrag te bepalen. In de Nota van Toelichting bij het Besluit en in de handreiking van het Ministerie van VROM wordt uitgelegd volgens welke methode de hoogte van het bedrag moet worden vastgesteld.¹¹⁶ Annotator Tieman geeft aan dat de factoren die in de Nota van Toelichting en de Handreiking worden genoemd deels overeenkomen met de criteria die zijn opgenomen in art. 3 lid 2 van het Besluit.¹¹⁷ Tevens merkt hij op dat later (in de uitspraak van 29 juni 2005) wel de juiste systematiek wordt gevolgd.

Verplichting tot opleggen van fize? Beroep door een derde inzake het uitblijven van het opleggen van een financiële zekerheidsplicht

In een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 21 juli 2004 is verweerder (een college van gedeputeerde staten) van mening dat, gelet onder meer op de geringe omvang van de inrichting in casu,¹¹⁸ en de voorschriften die aan de vergunning zijn verbonden, niet sprake is van een zo riskante activiteit dat een financiële zekerheid moet worden verlangd, hoewel op dit punt nog geen beleidslijn is ontwikkeld.¹¹⁹ Appellante (een derde) heeft gesteld dat het college ten onrechte heeft nagelaten bij de vergunningverlening de solvabiliteit van vergunninghoudster te toetsen. Volgens appellante is het risico van faillissement dat vergunninghoudster loopt zeer reëel te achten. Appellante vreest beslag op overheidsgelden in het geval van faillissement van vergunninghoudster. Het college had volgens appellante dan ook financiële zekerheidsstelling moeten eisen. De Afdeling is echter van oordeel dat verweerder zich, gelet op de door hem gegeven motivering, in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het eisen van financiële zekerheid hier niet nodig is in het belang van de bescherming van het milieu. Ook hier wordt ons inziens een marginale toetsing van de toepassing van de criteria uitgevoerd.

¹¹⁴ Zie ABRvS 16 juni 2004, 200304699/1, LJN AP1594.

¹¹⁵ Zie tevens Vz. ABRvS 16 juni 2004, 200403699/2, LJN AP3242.

¹¹⁶ Zie Nota van Toelichting (p. 16-17) en de Handreiking Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

¹¹⁷ Zie noot J.R.C. Tieman bij ABRvS 29 juni 2005, AB 2005/313.

¹¹⁸ Appellante is eveneens ingegaan op de toepassing van het inrichtingenbegrip. Hier zal nu verder niet op in worden gegaan.

¹¹⁹ ABRvS 21 juli 2004, 200304680/1.

Reikwijdte bevoegdheid

In een andere zaak die door de Afdeling bestuursrechtspraak is behandeld stelde het bevoegd gezag zich op het standpunt dat het niet mogelijk is om achteraf, dat wil zeggen nadat de verontreiniging is veroorzaakt, financiële zekerheid voor te schrijven.¹²⁰ Volgens het bevoegd gezag heeft de wetgever uitsluitend beoogd om financiële zekerheid te stellen voor toekomstige schade. Volgens de Afdeling is dit standpunt echter onjuist. De tekst van art. 8.15, art. 8.25 en art. 8.26 Wm sluit naar het oordeel van de Afdeling niet uit dat het bevoegd gezag ook nadat de nadelige gevolgen voor het milieu door de inrichting zijn veroorzaakt, aan de Wm-vergunning dan wel het besluit tot intrekking daarvan een voorschrift kan verbinden tot het stellen van financiële zekerheid ter dekking van de aansprakelijkheid voor de schade die daaruit voortvloeit. De totstandkomingsgeschiedenis van de Wm en het Besluit heeft de Afdeling niet tot een andere opvatting gebracht. Ook het oogmerk van art 8.15 lid 1 onder b Wm kon daar volgens de Afdeling niets aan afdoen. Van belang is dus dat de bevoegdheid tot het voorschrijven van financiële zekerheid zich naar het oordeel van de Afdeling niet beperkt tot toekomstige situaties, maar zich ook uitstrekt tot situaties waarbij verontreiniging van de bodem reeds heeft plaatsgevonden. Ook in die fase kan - bij gebruikmaking van de intrekkingbevoegdheid (zie art. 8.25 lid 5 en 8.26 lid 3 Wm), of de bevoegdheid tot actualisering of wijziging van de Wm-vergunning (zie art. 8.22 lid 4, art. 8.23 lid 3 en art. 8.24 lid 2 Wm) - nog de plicht tot financiële zekerheidstelling worden voorgeschreven. Kanttekening hierbij is echter dat het vinden van een zekerheidstelling achteraf problematisch kan zijn. Het zal dan heel moeilijk zijn bijvoorbeeld een verzekering af te sluiten.¹²¹ Hier lijkt eerder een bankgarantie als mogelijkheid te dienen.

3.4

INTERVIEWWRONDE OVER DE TOEPASSING VAN BEFIZE

3.4.1

INLEIDING

Ten behoeve van het verkrijgen van inzicht in factoren die de toepassing van Befize hebben bepaald is een uitgebreide vragenlijst opgesteld (zie bijlage 1). De beantwoording van deze vragenlijst vergde ongeveer anderhalf uur; de interviews zijn overwegend telefonisch afgenomen in mei 2006. In totaal zijn 11 interviews afgenomen: 5 in de publieke sector en 6 in de private sector.

De te interviewen organisaties zijn in twee groepen onderverdeeld, te weten de publieke sector en de private sector. Hieronder vindt per sector een verslag plaats van de resultaten van de interviewronde. Op basis van de verkregen inzichten heeft een discussie over huidige functioneren en mogelijke verbeterpunten in twee workshops plaatsgevonden; het verslag daarvan staat in hoofdstuk 4.

¹²⁰ ABRvS 13 april 2005, AB 2005/233; JM 2005, 55 (m.nt. Zigenhorn); M&R 2005/5, nr. 55K.

¹²¹ Zie noot J.R.C. Tieman bij ABRvS 29 juni 2005, AB 2005/313. Tieman raadt aan de mogelijkheid van het achteraf stellen van financiële zekerheid slechts te zien als een noodvoorziening waarvan alleen bij uitzondering gebruik kan worden gemaakt.

3.4.2

PUBLIEKE SECTOR

Methode

Bij aanvang van het onderzoek is ten doel gesteld om 3 provincies en 2 gemeenten te interviewen. Op deze wijze zou een kwalitatief beeld kunnen worden verkregen van de factoren die bij deze decentrale overheden een rol spelen bij de toepassing van Befize. Aanvullend is Infomil geïnterviewd, om zo inzicht te krijgen in de vraag welke inhoudelijke factoren een rol spelen bij de toepassing van Befize.

Gemeenten

Tijdens het onderzoek bleek dat van de kant van de gemeenten geen aanleiding werd gezien om aan de interviewronde deel te nemen. Uit een telefonische ronde langs acht grote en middelgrote gemeenten bleek dat deze allen geen toepassing geven aan Befize. Daarbij geven enkele gemeenten aan dat intern expliciet is overwogen om aan Befize geen toepassing te geven (vier in omvang grote gemeenten).

Er worden door de gemeenten verschillende motieven gegeven voor het uitblijven van toepassing van Befize:

- § Vanwege capaciteitsredenen is expliciet gekozen geen toepassing te geven aan Befize (1 grote gemeente).
- § Men wil de kosten voor het bedrijfsleven die uit de toepassing van Befize zouden voortvloeien liever vermijden (2 grote gemeenten).¹²²
- § Men heeft getracht het besluit toe te passen, maar vindt dit te complex (1 grote gemeente).
- § Bij gezonde bedrijven wordt de noodzaak van toepassing niet gezien (1 grote gemeente).
- § Er zijn in het verleden (jaren negentig en daarna) geen schadegevallen geweest waar de gemeente de kosten moest dragen (specifiek aangegeven door 1 grote gemeente; waarschijnlijk speelt dit argument ook bij andere gemeenten).

Sommige gemeenten geven geen expliciete motivering voor het uitblijven van toepassing van Befize. Aangetekend moet worden dat hier slechts een telefonische inventarisatie is gehouden onder een beperkt aantal gemeenten, en dat bij een andere en meer intensieve opzet van het onderzoek de motieven van de gemeenten beter voor het voetlicht gekregen zouden kunnen worden. Niettemin lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat in de huidige praktijk de toepassing van Befize nauwelijks zinvol dan wel niet toepasbaar wordt geacht door de gemeentelijke bestuursorganen.

Provincies

Gelet op het feit dat er geen enkele gemeente inhoudelijk is geïnterviewd op basis van de vastgestelde vragenlijst, is het aantal te interviewen provincies uitgebreid van drie naar vier.

¹²² Ook wordt verwezen naar het convenant "Stroomlijning dienstverlening aan ondernemers", gesloten op 13 december 2005. Onderzoekers vragen zich af of dit convenant rechtvaardigt dat Befize niet wordt toegepast. Zie over het convenant: Staatscourant 21 december 2005, nr. 248, p. 9.

De provincies worden in geanonimiseerde vorm geduid met A, B, C, en D. In alle gevallen zijn vergunningverleners, of aan een afdeling vergunningverlening verbonden beleidsmedewerkers geïnterviewd. In één geval is sprake van een delegatie van de provinciale vergunningverleningsbevoegdheid aan een college van B en W. Ten behoeve van de leesbaarheid spreken wij hieronder in onze geanonimiseerde rapportage niettemin over “provincies”.

Beleid en mate van toepassing Befize

Uit de interviews is gebleken dat de provincies op verschillende wijze toepassing geven aan Befize. Provincie A heeft als vaste gedragslijn dat Befize niet wordt toegepast. Provincie B heeft een van het IPO-afwijkend beleid opgesteld (met name op het onderdeel drempelwaarde) dat inmiddels is vastgesteld. Provincie C geeft uitvoering aan Befize en volgt in feite het IPO-interimbeleid. Provincie D heeft reeds voordat het IPO-interimbeleid werd vastgesteld een interne werkinstructie opgesteld. Deze werkinstructie wordt consequent toegepast bij de vergunningverlening. Een van het IPO-beleid afwijkend punt is dat een drempelbedrag van € 10.000 wordt gehanteerd in plaats van € 100.000. Voorts wordt een lijst van afvalstoffen gehanteerd die weinig tot geen risico's met zich meedragen vanwege de feitelijke positieve waarde ervan.¹²³ Bij deze provincie is in het recente verleden (eind jaren negentig) een fors schadegeval geweest bij een afvalbedrijf (in verband met tekortschietende afzetmogelijkheid voor het bij het bedrijf opgeslagen afval) waarvoor de overheid in verband met faillissement van het bedrijf zelf moest opdraaien.¹²⁴ Het schadebedrag betrof om en nabij 1 miljoen gulden. Om deze reden wordt het bestuurlijk van belang geacht een ruime toepassing aan Befize te geven.

Opvallend is het verschil in de mate van intensiteit waarin Befize wordt toegepast: provincie A geeft aan dat met name vanwege inhoudelijke bezwaren nauwelijks toepassing wordt gegeven aan Befize, terwijl provincie C een matig intensieve en provincie D (gelet op een schadegebeurtenis uit het verleden) een intensieve toepassing geeft aan het verplicht stellen van financiële zekerheden. Bij de provincie B is een drempelbedrag vastgesteld waarboven in principe een financiële zekerheid wordt verlangd (vanaf 1 miljoen euro). Beneden deze drempelwaarde zal een marginale toets worden uitgevoerd en zal financiële zekerheid slechts worden opgelegd als er sprake is van onvoldoende solvabiliteit. Beneden de in het IPO-beleid aangegeven drempelwaarde zal in principe geen verplichting tot financiële zekerheid worden voorgeschreven.

Uit de interviews blijkt voorts dat de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling voor aansprakelijkheid voor bodemschade zeer weinig aandacht heeft. In één provincie wordt wel een financiële zekerheid verlangd indien het risico meer bedraagt dan 1 miljoen euro.

De mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling voor afvalstoffen krijgt wel aandacht, en er worden met name in provincie C regelmatig en in provincie D vaak financiële zekerheidsstellingen opgelegd.

¹²³ Categorie 1 en schone grond, A-hout, steenachtig schoon bouw- en sloopaafval, etc.

¹²⁴ Het faillissement werd vastgesteld eind 1999.

Toepassing

Alle geïnterviewden vinden de huidige werkingssfeer voldoende duidelijk; hieromtrent bestaan geen toepassingsproblemen.

Echter, als algemeen beeld komt naar voren dat de geïnterviewden niet of nauwelijks positief zijn over de door Befize gegeven mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling. Men ervaart de uitvoering van Befize als problematisch, met name vanwege de onevenredig hoge bestuurskosten die gemoeid zijn bij een volledige afweging van de gestelde criteria in de artikelen 3 en 7. In bijvoorbeeld één provincie wordt daarom gesteld dat de criteria slechts marginaal bij de overweging tot het opleggen van een financiële zekerheid worden betrokken. Een andere provincie geeft evenwel aan de criteria allemaal nauwkeurig af te wegen.¹²⁵

Het inschatten van het financiële risico, met name de solvabiliteit van de onderneming, wordt als een lastige en kostbare exercitie gezien. Bovendien wordt opgemerkt dat de inschatting van de solvabiliteit een momentopname is; de financiële situatie van een bedrijf kan natuurlijk veranderen na moment van vergunningverlening.

Er wordt sterk gepleit voor een verbetering van Befize, met name zouden de gestelde criteria moeten worden herzien. Deze criteria worden als lastig toepasbaar ervaren, vanwege het feit dat ze multi-interpretabel zijn. Gepleit wordt derhalve voor een herbezinning op de nu gestelde criteria, waarbij enerzijds wordt gepleit voor detaillering, maar anderzijds vooral voor een versobering (in feite het schrappen van criteria). De volgende suggesties worden gedaan:

- § Ontwikkel een puntensysteem voor de verschillende criteria, opdat makkelijker een weging kan plaatsvinden van de kernvraag of er al dan niet een financiële zekerheid moet worden gesteld; aan elk criterium wordt dan een maximaal te behalen puntenscore gekoppeld, en bij een bepaalde som ten gevolge van dit puntensysteem, dient een financiële zekerheid gesteld te worden. Dezelfde respondent geeft echter aan uiteindelijk één criterium het meest ideaal te vinden.
- § Schrap enkele criteria, en verduidelijk de rest. Er wordt verschillend gedacht over de vraag welke criteria geschrapt zouden kunnen worden. De een vindt dat het criterium van solvabiliteit er uit kan, terwijl de ander dat juist wil behouden. Ook wordt genoemd dat de criteria (a) en (d) van artikel 3 onvoldoende duidelijk zijn. Het criterium “de aanwezigheid van een milieuzorgsysteem” wordt ook als niet zinvol genoemd: het zegt niets over de bedrijfssituatie.
- § Neem uitsluitend als criterium de zogenaamde ‘negatieve waarde’, en schrap de overige criteria. De negatieve waarde is het bedrag dat nodig is om afvalstoffen af te voeren uit een bedrijf wanneer bijvoorbeeld na een faillissement het bevoegd gezag de afvoer van die afvalstoffen zou verzorgen.

¹²⁵ Natuurlijk zijn de begrippen “marginaal” en “nauwkeurig” ook weer subjectief van aard. Bij onderhavig onderzoek is niet diepgaand in vergelijkende zin nagegaan welke verschillen in intensiteit van afweging tussen de provincies aanwezig zijn.

Het zijn de kosten die nodig zijn voor het doen accepteren van het afval bij een ander bedrijf (de zogenaamde verwerkings- of beheerkosten, en de kosten van het vervoer van het afval). Leg dat criterium bovendien als een algemene regel op, zodat bij een overschrijding van de drempelwaarde het vergunningverlenende orgaan gehouden is een financiële zekerheid te verlangen. Deze instructieregel voor het bevoegd gezag zou beperkt kunnen worden tot de afvalbranche.

§ Trek Befize in; het instrument is niet nodig. De vergunningverlening en een strikte handhaving volstaan.

Terzake de criteria wordt door één respondent aangegeven dat de verhouding tussen de criteria niet duidelijk is. Met andere woorden, indien een criterium zeer negatief uitvalt voor het bedrijf, en de andere criteria positief, is er dan voldoende reden om geen financiële zekerheid toe te passen? Het vermoeden is dat de criteria nauwelijks richtinggevend zijn, en dat het bestuur, gelet op de vaagheid van de criteria, voor een en dezelfde casus een motivering kan opstellen voor zowel een oplegging van financiële zekerheid als voor het afzien daarvan. Met andere woorden: het kost tijd om de criteria af te wegen, terwijl ze nauwelijks houvast (rechtszekerheid) bieden, noch voor het bestuur, noch voor het bedrijfsleven.

Bij de drie provincies die Befize (in wisselende intensiteit) toepassen komt het beeld naar voren dat de potentiële schade doorslaggevend is of zou moeten zijn voor het opleggen van een financiële zekerheid (dus niet bijvoorbeeld de solvabiliteit van de onderneming). Indien de potentiële milieuschade hoger zou liggen dan een bepaald bedrag, dan loont het de moeite om bestuurlijke kosten te spenderen aan het opleggen van een financiële zekerheidsstelling. Een citaat:

“Eén criterium zou het meest ideaal zijn. Mijn voorstel is, dat indien er een potentiële schadepost van meer dan € XXX aanwezig is waarvoor geen financiële zekerheid is gesteld, zekerheid opnemen, punt uit. Zo bevordert je rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.”

Drempelbedrag

Hiervoor is al aangegeven dat er tot op zekere hoogte overeenstemming lijkt te zijn dat in plaats van de huidige ingewikkelde criteria beter met een drempelbedrag kan worden gewerkt.

Door één provincie is aangegeven dat indien de negatieve waarde meer dan 1 miljoen zou bedragen, een beoordeling van solvabiliteit eigenlijk niet meer nodig is, omdat ook kapitaalcrachtige bedrijven failliet kunnen gaan en het financiële milieurisico juist zo hoog is.

De provincie die een drempelbedrag van € 10.000 hanteert is van mening dat dit drempelbedrag hoger mag zijn.

Deskundigheid

Alle geïnterviewden geven aan goed op de hoogte te zijn van Befize, inclusief literatuur, en meestal ook jurisprudentie. Alle geïnterviewden hebben voorts een voorlichting of training inzake Befize bijgewoond.

Het beeld komt naar voren dat de meeste vergunningverleners vinden dat zij de afwegingen zoals vereist door de criteria van Befize (artikel 3) in volle omvang zelf kunnen doen.

Over het algemeen bestaat er echter bij de technische en juridische medewerkers onvoldoende affiniteit met de economische aspecten, zoals de inschatting van de solvabiliteit van een onderneming. Dit wordt ervaren als het beoefenen van een ander 'vak'. Er moet daarom – wil men de criteria in volle omvang afwegen – financiële deskundigheid worden ingehuurd.

De ervaring leert dat de vergunningaanvragers over het algemeen goed geïnformeerd zijn over Befize: meestal heeft de aanvrager een deskundige adviseur.

Bestuurlijke kosten

De bestuurlijke kosten per vergunningdossier waarbij een financiële zekerheidsstelling aan de orde is worden zeer verschillend geschat. Dat heeft waarschijnlijk te maken met de mate van intensiteit waarmee men de criteria wil afwegen. Als algemeen beeld komt naar voren dat indien men alle criteria zorgvuldig wil afwegen, de bestuurlijke kosten zeer hoog zijn.

Inschatting bestuurlijke kosten Befize per vergunningdossier:

- A Inschatting van kosten voor overleg met bedrijf: € 500; echter er zou sprake zijn van een bedrag van zelfs ruim € 10.000 per dossier indien men de vereiste afweging ten volle wil maken. Dit bedrag is inclusief de inhuur van verschillende deskundigen (bijvoorbeeld risico-analisten, bankexperts). Aan Befize wordt eigenlijk geen uitvoering gegeven.
- B Ongeveer € 500. Er wordt slechts een marginale afweging gedaan.
Indien drempelwaarde van 1 miljoen wordt overschreden wordt in beginsel een financiële zekerheidsstelling opgelegd.
- C Ongeveer € 450. Er wordt slechts een marginale afweging gedaan.
- D Ongeveer € 850. Er wordt een nauwkeurige afweging gemaakt.

Preventieve werking Befize

Verschillende geïnterviewden geven aan dat van Befize een preventieve werking uit gaat, bijvoorbeeld omdat de (concept-)aanvraag wordt herzien. Eén respondent geeft aan dat in meer dan de helft van de gevallen een preventieve werking kan worden geconstateerd.

De mogelijkheid van het opleggen van financiële zekerheidsstelling komt normaliter in het vooroverleg aan de orde, hetgeen tot een bepaalde uit milieuperspectief gunstige aanpassing kan leiden van de aanvraag. Door één vergunningverlener wordt aangegeven dat in het vooroverleg duidelijk te kennen wordt gegeven dat financiële zekerheid een serieuze optie is, waarbij gewezen wordt op de mogelijkheid van vrijwillige zekerheidsstelling. In dat verband wordt aan de aanvrager verzocht bepaalde gegevens in de aanvraag op te nemen.

De vergunningverlener geeft aan dat op dit punt het lvb uitgebreid zou moeten worden. Voorgesteld wordt in het lvb te regelen dat de volgende gegevens in de aanvraag opgenomen moeten worden:

- § Weergave van de financiële situatie (jaarrekeningen en overige financiële jaarstukken).
- § Afzetcontracten voor afvalstoffen (indien aanwezig).
- § Tarieven voor inkomende afvalstoffen.
- § Afvoerfrequentie van afvalstoffen.

Een andere vergunningverlener geeft aan dat de mogelijkheid van het opleggen van een financiële zekerheid als een soort van onderhandelingsmethode wordt gebruikt, om zo bepaalde extra inspanningen van de bedrijven (zoals een bodemrisicotests) te bereiken.

De volgende concrete preventieve effecten zijn aangegeven:

- § De opslagcapaciteit voor afval wordt onder invloed van Befize in veel gevallen minder ruim aangevraagd (bij een ruimere opslagcapaciteit zouden de kosten van financiële zekerheidsstelling hoger zijn). Ook worden er alvast afleveringscontracten afgesloten voor afvalstoffen. Niet bekend is of een lagere opslagcapaciteit vervolgens tot handhavingsproblemen heeft geleid.
- § Soms wordt ook naar aanleiding van de overweging door de vergunningverlener om een fize op te leggen de interne bedrijfsvoering nog eens doorgelicht, en wordt orde op zaken gesteld.

Door één provincie wordt opgemerkt het vermoeden te hebben dat startende bedrijven naar provincies gaan waar het beleid inzake Befize het minst streng is. Een andere provincie geeft aan dat hun actief Befize-beleid op kritiek stuit bij de bedrijven, juist ook omdat in andere provincies een beduidend minder actieve opstelling heerst.

Vormen van financiële zekerheidsstelling

In principe is de keuze aan het bedrijf. Bankgaranties komen relatief veel voor, alhoewel bij hoge bedragen de banken vaker niet bereid zijn garant te staan. In één provincie, waar evenwel Befize in principe niet wordt toegepast, wordt de bankgarantie als het beste instrument gezien. Echter, aangegeven wordt dat het een nadeel is dat bedrijven hierdoor kosten hebben (vergunningverlening en handhaving is beter instrument).

Borgstelling door een moederbedrijf wordt toegelaten, indien de moeder voldoende draagkrachtig is. Opgemerkt wordt dat de handhaafbaarheid van borgstellingen gecompliceerd kan zijn. Daarom wordt voor hoge bedragen een borgstelling minder geschikt geacht, en derhalve ook niet geaccepteerd. Door provincie D wordt boven € 60.000 geen borgstelling geaccepteerd in verband met problematische handhaafbaarheid.

In een provincie loopt een handhavingstraject inzake het nog te leveren bewijs voor zekerheidsstelling.

Fondsvorming

In de vragenlijst is in globale zin gevraagd wat de vergunningverlener zou vinden van de mogelijkheid van een collectieve schaderegeling (een fonds). De mogelijkheid van fondsvorming wordt zowel zeer positief (driemaal positief tot zeer positief) als ook kritisch (eenmaal) ontvangen. Men is vooral voorstander van een fonds omdat de kosten voor de bedrijven mogelijk lager zijn.

Geuite bezwaren en opmerkingen zijn:

- § het kan tot kartelvorming leiden (NB: hier zou natuurlijk het mededingingsrecht bij betrokken moeten worden);
- § bedrijven die een "slechte reputatie" hebben worden wellicht niet toegelaten, dus daarvoor werkt een fonds niet;
- § starters worden hierdoor sterker benadeeld.

Aangegeven wordt dat betreffende de ontwikkeling van een fonds een taak voor VROM is weggelegd: blijkbaar komt een fonds niet tot stand op initiatief van het bedrijfsleven.

Infomil

Infomil geeft aan dat er maar in zeer beperkte mate om ondersteuning wordt gevraagd bij Befize. De vragen zijn vooral informatief van aard (bijvoorbeeld een vraag om toezending van jurisprudentie). Vragen betreffende de inhoud en de toepassing van het besluit komen minder vaak voor. Infomil geeft aan in het algemeen vooral benaderd te worden met juridische vragen, terwijl de problematiek bij de toepassing van Befize meer ligt op het terrein van economische afwegingen. Wellicht dat de decentrale overheden daarom niet in ruimere mate vragen voorleggen aan Infomil. Het gevolg is dan ook dat bij Infomil niet voldoende bekend is hoe de dagelijkse praktijk met betrekking tot Befize luidt. Wel bestaat de indruk dat in de praktijk de toepassing van Befize als moeilijk wordt ervaren.

3.4.3

PRIVATE SECTOR

Methode

Bij aanvang van het onderzoek is ten doel gesteld om zowel vragers als aanbieders van financiële zekerheid te interviewen: het doel was twee afvalbedrijven, twee bedrijven met bodemrisico, twee banken en twee verzekeraars te interviewen. Daarnaast waren interviews gepland met vertegenwoordigende organisaties zoals MKB Nederland.

De interviews met twee afvalbedrijven zijn aangevuld met de branchevereniging Vereniging Afvalbedrijven (VA) in Den Bosch. De interviews zijn afgenomen met een adjunct-directeur, een stafmedewerker en een beleidsmedewerker. Twee verzekeraars zijn geïnterviewd. Het gaat hier om medewerkers, die beslissen op aanvragen voor de milieuschadeverzekering. Tenslotte is een interview gehouden met de beleidsmedewerker milieu van MKB Nederland. Op verzoek van de bedrijven zijn de antwoorden geanonimiseerd.

Het is niet gelukt om contactpersonen bij banken te vinden. De geïnterviewde afvalbedrijven hebben hun zekerheid buiten een bank om geregeld. Bij de milieuc commissie van de Nederlandse Vereniging van Banken bleken geen namen bekend van bankmedewerkers met ervaring rond Befize. Er zijn ook geen interviews gehouden met bedrijven met bodemrisico. Hier speelt de hoofdrol dat, zoals in paragraaf 3.4.2 reeds is vermeld, de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling voor bodemschade bij overheden zeer weinig aandacht heeft.

Toepassing

Alle geïnterviewden vinden de huidige werkingssfeer voldoende duidelijk; hieromtrent bestaan geen toepassingsproblemen.

De berekening van het financiële risico is goed te doen. Afvalbedrijven kunnen werken met de formule verwerkingscapaciteit x gemiddelde verwerkingskosten. Verzekeraars gebruiken formules voor het afgraven en verwerken van vervuilde grond. Echter, met deze formules bereken je het maximale risico. Afvalbedrijven wijzen er op dat de vergunde capaciteit niet altijd gebruikt wordt. Hoe sterk de positie van een afvalbedrijf in de afvalketen is, bepaalt in belangrijke mate het feitelijke risico. Verzekeraars geven aan dat een bodemcalamiteit plaatselijk zal optreden en dat daarom het feitelijke risico lager zal liggen dan het maximale risico. Volgens een verzekeraar hebben vijf provincies te gemakkelijk de maximale zekerheid opgelegd. Daarom pleiten bedrijven ervoor om bij het opleggen van financiële zekerheid niet uit te gaan van het maximale risico, maar van een reëel financieel risico dat lager ligt.

Het belangrijkste bezwaar van bedrijven zijn de grote verschillen in toepassing door provincies. Volgens de afvalbedrijven hebben de provincies te veel interpretatievrijheid. Toepassing komt over als willekeur en leidt tot rechtsongelijkheid (MKB Nederland). Zo ervaart een afvalbedrijf, actief in tien provincies, dat vijf provincies financiële zekerheid eisen en vijf andere niet. Voor een gezonde concurrentie is belangrijk dat een gelijk speelveld bestaat voor bonafide bedrijven. Verschillen in toepassing zijn slecht want verstoren de concurrentieverhoudingen (MKB Nederland). Over de mate van concurrentieverstoring als gevolg van verschillen in toepassing van Befize is in de interviews geen uitspraak gedaan.

Alle bedrijven en MKB Nederland zijn het erover eens dat Befize een extra last legt op bonafide bedrijven met een geringe kans op faillissement. Problematische, malafide bedrijven hebben geen vergunning en worden dus niet door Befize bereikt. Men vraagt specifieke aandacht voor nieuwe, kleine bedrijven die zich op de afvalmarkt begeven. Actieve handhaving en opsporen van probleembedrijven blijft belangrijk. Voor het probleem van illegale activiteiten is Befize namelijk geen oplossing.

Afvalbedrijven ervaren dat provincies nadruk leggen op het criterium solvabiliteit van de onderneming. Zij wijzen op het gevaar dat de solvabiliteit een momentopname is en dat de financiële situatie van een bedrijf kan veranderen in de loop van de tijd. Criteria als naleefgedrag en milieuzorgsysteem worden als multi-interpretabel en onduidelijk ervaren.

Schijnbaar in strijd met het voorgaande, stellen een afvalbedrijf en een verzekeraar dat de goede naam van een bedrijf een rol moet spelen. Verzekeraars gebruiken hiervoor het begrip moraliteit: is de aanvrager strafrechtelijk vervolgd, is in het verleden ooit een verzekering opgezegd en hoe is het historische schadeverloop?

Deskundigheid

De geïnterviewden zijn wisselend op de hoogte van Befize, inclusief literatuur en jurisprudentie. Brancheorganisaties houden zich op de hoogte, bedrijven gaan zich in Befize verdiepen op het moment dat financiële zekerheid gevraagd wordt.

Drie geïnterviewden zijn in enigerlei vorm betrokken geweest bij de discussies rond Befize voor de invoering in 2003. Twee geïnterviewden hebben voorts een voorlichting of training inzake Befize bijgewoond.

De websites van VROM en Infomil bieden nuttige informatie. Echter, door de grote verschillen in toepassing tussen provincies is dergelijke algemene informatie slechts van beperkt nut. Brancheorganisaties houden hun leden via publicaties op de hoogte. Een afvalbedrijf kreeg hieruit de indruk dat Befize slechts voor probleembedrijven zou gelden en was daarom verrast toen Befize bij een vergunningaanvraag ter sprake kwam.

Bij toepassing van Befize hebben alle geïnterviewden externe ondersteuning nodig gehad. Bij de afvalbedrijven ging het om de bedrijfsaccountant en om de branchevereniging. Deze ondersteuning was afdoende en effectief. Dit komt overeen met de ervaringen van de provincies in paragraaf 3.4.2. Bij verzekeraars zijn precieze afspraken gemaakt over de rol van de Milieupool bij het beoordelen van aanvullingen op de milieuschadeverzekering. In gezamenlijk overleg tussen verzekeraar en Milieupool wordt zo een aanvraag beoordeeld.

Vormen van financiële zekerheidsstelling

Financiële zekerheidsstelling komt in actieve provincies ter sprake in het vooroverleg. Het vooroverleg is erg belangrijk. In die fase gaan hoge startbedragen vaak omlaag. In veel gevallen wordt ook afgezien van financiële zekerheid. Volgens MKB Nederland is, bij sloopbedrijven, in uiteindelijk 10% van de gevallen, waar zekerheid in het vooroverleg ter sprake kwam, zekerheid opgelegd.

Verzekeraars zijn niet betrokken bij het vooroverleg. Zij worden door bedrijven benaderd op het moment dat de vergunningvoorschriften vaststaan.

In de praktijk kiest -conform Befize- het bedrijf de vorm van financiële zekerheid. Diverse vormen komen voor. De geïnterviewde afvalbedrijven noemen een geblokkeerde rekening, een hypotheek op onroerend goed en een concerngarantie. Bij een van de afvalbedrijven is bewust afgezien van een bankgarantie, omdat deze bij de gevraagde zekerheid (tientallen miljoenen euro's) onevenredige kosten zou veroorzaken (1 à 2% van de zekerheid). Indien de vergunningverlener akkoord gaat, is een concerngarantie een gunstige vorm van zekerheid omdat deze de externe leencapaciteit niet aantast. Over het algemeen komen een geblokkeerde rekening en bankgaranties het meeste voor (MKB Nederland).

Er wordt door bedrijven actief gezocht naar nieuwe vormen om kosten te beperken. Bankgarantie, geblokkeerde rekening en hypotheek leggen, naast de directe kosten, beslag op de leencapaciteit van de onderneming. Indien mogelijk, is verzekeren het meest kosteneffectief (MKB Nederland).

Een afvalbedrijf probeert daarom zijn risico in de verzekering onder te brengen. Indien succesvol, verlaagt dit de jaarkosten en legt geen beslag meer op de leencapaciteit van het bedrijf.

De geïnterviewde afvalbedrijven zeggen geen aanwijzingen te hebben voor onvoldoende concurrentie op de bank- en verzekeringsmarkt. Volgens MKB Nederland zijn er wel verzekeringstechnische problemen omdat het aanbod via de milieuaansprakelijkheids- verzekering vaak niet duidelijk is.

Kosten en effectiviteit

Als geheel heeft Befize volgens afvalbedrijven een slechte kosteneffectiviteit. Volgens een afvalbedrijf is de kosteneffectiviteit zelfs negatief: de kosten zijn hoog, de baten zijn nihil. De Vereniging Afvalbedrijven pleit voor afschaffing voor bonafide bedrijven.

MKB Nederland gebruikt een genuanceerdere redenering. Op macro-niveau wegen geringe baten op tegen (nog) geringe kosten. Op bedrijfsniveau is Befize echter een complex en ineffectief instrument. Daarom pleit MKB Nederland voor afschaffing.

De kosten lopen uiteen, afhankelijk van zekerheid en vorm.

De kosten kunnen voor afvalbedrijven hoog oplopen. Voor een hypotheek, bestemd voor zekerheidsstelling voor 3 provincies, wordt 100.000 euro genoemd, aangevuld met 200.000 euro accountantskosten en 2 mensmaanden interne tijd. Voor bankgaranties noemt de Vereniging Afvalbedrijven lagere bedragen -5 à 10.000 euro- als typische directe jaarkosten. Daar komen dan nog 5 mensdagen per contract bij.

Voor verzekeringen, indien toepasbaar, zijn de kosten overzienbaar. De jaarpremie zal onder de 5.000 à 10.000 euro liggen. Aan organisatorische kosten komen daar bij bedrijven en verzekeraar enkele mensdagen werk bij. MKB Nederland wijst er op, dat enkele mensdagen voor het MKB wel degelijk relevant zijn.

Preventieve werking Befize

Alle geïnterviewde bedrijven geven aan dat van Befize geen preventieve werking uitgaat. Dat is in strijd met de ervaring van provincies zoals weergegeven in paragraaf 3.4.2.

Afvalbedrijven stellen dat zij niets extra doen door Befize. Zij volgen de wet- en regelgeving en voeren de vergunningvoorschriften uit. Leden van de Vereniging Afvalbedrijven zijn verplicht om kwaliteits- en/of milieuzorgsystemen te onderhouden. Een afvalbedrijf, lid van de VA, geeft een apart jaarverslag uit met informatie over milieudoelen, milieuresultaten, naleefgedrag en financiële positie.

Verzekeraars eisen dat het bedrijf aan de vergunningvoorschriften voldoet. Zij vragen wel de milieuvergunning en gerelateerde documenten op. Verzekeraars voeren geen eigen controles uit. Moraliteit van de aanvrager, boven reeds genoemd, is erg belangrijk voor de acceptatie van een klant.

Volgens MKB Nederland kan van Befize wel degelijk een preventieve werking uitgaan, zij het indirect. Discussie met overheid of verzekeraar brengt milieu hoger op de agenda van de ondernemer. Dit kan leiden tot minder afvalopslag -genoemd door provincies-, betere bodembescherming en meer aandacht voor de financiële positie.

Fondsvorming

In de vragenlijst is in globale zin gevraagd wat het bedrijf zou vinden van de mogelijkheid van een collectieve schaderegeling (een fonds). Twee geïnterviewde bedrijven zijn positief, de andere drie reageren afwijzend. Voorstanders wijzen erop, dat een fonds wel verplicht moet worden gesteld. Door de heterogene belangen van afvalbedrijven zal een vrijwillig fonds niet van de grond komen.

Als voordelen van fondsvorming worden genoemd:

- § Gelijk speelveld voor bedrijven; dit bevordert tevens rechtsgelijkheid.
- § Nieuwkomers krijgen op gelijke voet markttoegang.
- § Onontbeerlijk voor bedrijven die met gevaarlijke stoffen werken.

De suggestie wordt gedaan om afvalbedrijven een bedrag per ton verwerkt afval te laten betalen.

Tegenstanders van fondsvorming gebruiken de volgende argumenten:

- § Een fonds heeft een aanzuigende werking en maakt financiële zekerheid tot regel in plaats van de in Befize beoogde uitzondering.
- § Voor bonafide afvalbedrijven is een fonds overbodig, wegens het geringe restrisico.
- § Een fonds biedt geen oplossing voor illegale situaties
- § Bij een beperkt aantal deelnemende bedrijven komt een fonds sneller in de problemen dan een verzekeringsmaatschappij.

Toekomst Befize

De afvalbedrijven en MKB Nederland zijn negatief over Befize. Het Besluit lost milieuproblemen niet op, er zijn wel forse directe en organisatorische kosten mee verbonden en bonafide bedrijven hebben een gering restrisico. Genoemde gesprekspartners bepleiten dan ook opheffing van Befize.

De geïnterviewde verzekeraars zien wel voordelen in Befize. Zij koppelen dit aan het verplicht stellen van zekerheid voor bepaalde categorieën bedrijven. Zekerheid moet verplicht worden voor reële milieurisico's, en niet voor de maximaal denkbare. Ter bevordering van zorgvuldig werken is een verzekeraar voorstander van een eigen risico.

Alle geïnterviewden zijn het erover eens dat opsporing van illegale activiteiten intensiever moet worden. De overheid moet meer toezicht uitoefenen. Verder zijn allen het erover eens dat bedrijven hun milieukosten moeten dragen.

Bij tegenstanders van Befize wordt verschillend gedacht over mogelijke alternatieven. Genoemd worden fondsvorming en specifieke afspraken op brancheniveau. Fondsvorming kent zowel sterke voor- als tegenstanders.

Voor de mogelijkheid van alternatieve afspraken om - bij opheffing van Befize- de risico's voor de overheid te beperken zijn in de interviews geen concrete voorstellen gedaan.

HOOFDSTUK

4 Verkenning van verbeterpunten

4.1

INLEIDING

Nadat via een interviewronde nader inzicht is verkregen in de uitvoering van Befize, is in een tweetal workshops gediscussieerd over de huidige toepassing van het besluit en de mogelijke verbeterpunten. Aan de eerste workshop namen vertegenwoordigers van de publieke sector deel, de tweede workshop betrof deelnemers uit de private sector. Daarnaast is een telefonische bespreking gehouden met een vertegenwoordiger van een milieuorganisatie.

In dit hoofdstuk volgt een verslag van de belangrijkste inzichten omtrent het nut van het huidige Befize, en de mogelijke verbeteropties. Aangetekend moet worden dat deze inzichten niet per se dekkend zijn voor de gehele publieke en private sector betrokken bij Befize. De inzichten die op individuele basis, of namens organisaties, tijdens de workshops zijn gegeven vormen wel een belangrijke bron voor verdere gedachtevorming over verbeterpunten inzake de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling voor milieuvergunningverlening.

4.2

WORKSHOP 'PUBLIEKE SECTOR'

4.2.1

INLEIDING

Aan de workshop publieke sector hebben drie vertegenwoordigers van twee verschillende vergunningverlenende overheden deelgenomen, een vertegenwoordiger van Infomil, en een vertegenwoordiger van het Ministerie van VROM. Vlak voor de workshop werd een afmelding ontvangen van een afgevaardigde van een provincie. De visie van de milieubeweging is eveneens verwerkt in deze paragraaf.

Tijdens de workshop is gediscussieerd met de deelnemers over verschillende thema's. In dit hoofdstuk zullen die thema's dan ook besproken worden in het licht van de workshop.

4.2.2

INTREKKEN DAN WEL TERUGHOUDEND TOEPASSEN VAN BEFIZE

Uit de workshop met de publieke sector is gebleken dat er bij de deelnemers een sterke tendens is tot het zeer terughoudend toepassen van de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling.

Zelfs de optie van intrekken van Befize wordt als een mogelijkheid gezien.¹²⁶ Ook wordt gesteld dat intrekking wellicht niet per se nodig is, maar dat de mogelijkheid van het opleggen van een financiële zekerheidsplicht als een vangnet of vrijwillige optie voor het vergunningverlenende bestuur gezien zou moeten worden. Daarbij zou er met name een rol voor een financiële zekerheidsplicht zijn voor kortdurende activiteiten, voor activiteiten die niet tot de kernactiviteiten van een bedrijf behoren, met name indien die een grote financiële investering vergen, en voor gevallen waarin een bedrijf voornemens is grote hoeveelheden afvalstoffen te gaan opslaan. In andere gevallen zou toepassing niet zinvol zijn, gelet ook op de sterke preventieve werking van vergunningverlening en handhaving.

Het regime van vergunningverlening en handhaving is volgens een aantal deelnemers aan de workshop zo goed ontwikkeld dat er – bij goede uitvoering – nauwelijks een gevaar is op het ontstaan van schade waar Befize op ziet. Dit is met name het geval voor de bedrijven die onder de werkingssfeer van artikel 7 van Befize vallen, waar het gaat om aansprakelijkheid voor schade aan de bodem ten gevolge van lekkages.

Door de workshopdeelnemers die werkzaam zijn in de provinciale praktijk wordt aangestipt dat een aanmerkelijk effect uitgaat van de zogenaamde Bibob-toets. De Wet Bibob geeft bestuursorganen een instrument in handen om de integriteit te controleren van bijvoorbeeld vergunningaanvragers.¹²⁷ Op deze wijze kunnen malafide ondernemers worden ontdekt, om zodoende te voorkomen dat vergunningen worden verleend indien sprake zou zijn van een gevaar dat strafbare feiten zullen worden gepleegd. In art. 8.10, derde lid Wm is geregeld dat een vergunning kan worden geweigerd 'in het geval en onder de voorwaarden, bedoeld in artikel 3 van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur'. Met de Bibob-toets kunnen bruikbare gegevens worden verkregen over de financiële situatie van de vergunningaanvragers, en wordt inzicht verkregen in de kans dat er strafbare feiten zouden worden begaan. Bovendien kan op verzoek van het vergunningverlenend gezag advies worden gevraagd bij het Bureau Bibob.¹²⁸ Een dergelijk advies kan worden gevraagd indien er bij het vergunningverlenend gezag een vermoeden is dat er sprake kan zijn van malafide praktijken. Bij één organisatie vindt intern een Bibob-beoordeling plaats door een speciaal daartoe ingesteld bureau.

¹²⁶ Aangetekend wordt dat er ingevolge het huidige artikel 8.15 Wm een AMvB vastgesteld moet worden. Voorts is er gelet op de richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG) aandacht vereist voor de ontwikkeling van financiële zekerheidsinstrumenten, zie artikel 14 van de richtlijn.

¹²⁷ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake de bevordering van integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur met betrekking tot beschikkingen of overheidsopdrachten (Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur), Staatsblad 2002, 347.

¹²⁸ Overigens blijkt dat bij de ene provincie expliciet in de vergunning wordt overwogen dat de Bibob-toets heeft plaatsgevonden, terwijl bij de andere provincie deze kwestie niet expliciet in de Wm-vergunning wordt vermeld (ook al heeft een Bibob-beoordeling plaatsgevonden, met een voor de ondernemer positief resultaat).

Vanuit de milieubeweging wordt gesteld dat, wanneer intrekking van Befize zou worden overwogen, eerst beter zou moeten worden onderzocht of het regime van vergunningverlening en handhaving inderdaad zo solide is als wordt gesteld.

De vertegenwoordigers van de provincies geven allen aan dat een goede en frequente handhaving van belang is om schade te voorkomen. Men blijkt liever in te zetten op preventie via een sterk handhavingsregime, dan dat curatief via een financiële zekerheid wordt bewerkstelligd dat eventuele schade wordt opgeruimd.

Terzake het in november 2005 totstandgekomen IPO-Interimbeleid wordt aangegeven dat dit beleid tot stand is gekomen onder druk van bedrijven. Bedrijven voelden zich namelijk niet gelijk behandeld wat betreft de toepassing van Befize in Nederland. Verschil in toepassing door de provincies werd als niet "eerlijk" ervaren door de bedrijven. Bovendien ondersteunt het IPO-beleid de eventuele beslissing van een bestuursorgaan om geen financiële zekerheid op te leggen, doordat er nu een algemene lijn is geformuleerd voor het invullen van de bevoegdheid om al dan niet financiële zekerheid op te leggen. Het helemaal niet verwezen en motiveren waarom er geen financiële zekerheid gesteld zal worden kan mogelijk onrechtmatig worden bevonden. Het IPO-beleid specificeert nu situaties waarvoor een financiële zekerheid in principe niet wordt opgelegd, en dat verlicht de motiveringsplicht voor de bestuursorganen. Uiteraard is hier wel bepalend of het IPO-beleid (al dan niet met aanpassing) als eigen provinciaal beleid wordt aangenomen, om zodoende in de overwegingen van de beslissing op de vergunningaanvraag te kunnen verwijzen naar een beleidsregel in de zin van art. 1, vierde lid, Algemene wet bestuursrecht.

4.2.3

DREMPELBEDRAG EN GEBONDEN TOEPASSING BEFIZE

Tevens is gediscussieerd over de optie om een drempelbedrag te hanteren waarboven in elk geval een verplichting tot financiële zekerheid zou worden opgenomen in de vergunning. Deze optie zou zowel in de AMvB zelf, dan wel in het beleid kunnen worden verwoord. Beneden dit drempelbedrag zou dan een marginale toets plaats kunnen vinden van de vraag of er aanleiding is een financiële zekerheid te verplichten. Als voorbeeld wordt genoemd de provincie die reeds een drempelbedrag hanteert van € 1.000.000. Boven dit bedrag wordt in principe een verplichting tot financiële zekerheid voorgeschreven. Beneden dat drempelbedrag wordt marginaal bekeken of er aanleiding is tot het verplichten van een financiële zekerheidsstelling.

Aangaande deze optie is de vraag opgeworpen of bedrijven zich niet gaan opsplitsen op het moment dat zo een drempelbedrag wordt ingesteld. Op die manier zou een bedrijf kunnen trachten te vermijden om een verplichting tot financiële zekerheidsstelling te krijgen. Ook wordt gesteld dat starters afgeschrikt zouden worden op het moment dat zo een drempelbedrag is ingesteld. In dat licht zou een 'case-by-case-benadering' gebaseerd op helder gestelde criteria een betere optie zijn. Echter, een andere deelnemer vindt het instellen van een hoog drempelbedrag geen slecht idee. De vraag is echter wel hoe hoog het drempelbedrag zou moeten zijn.

Wellicht kan een redelijk likkend drempelbedrag worden ingesteld, om vervolgens een aantal jaren later te beoordelen of dit bedrag bijgesteld zou moeten worden.

De vertegenwoordiger namens de milieubeweging is in principe voorstander van een rechtstreeks werkende plicht tot financiële zekerheidsstelling. Dit bevordert bovendien een gelijke behandeling van bedrijven.

4.2.4

BEFIZE ALS VANGNET

In de workshop met de publieke sector wordt gesteld dat het regime van vergunningverlening en handhaving, zowel terzake van afval als terzake van bodem, goed is. Het Besluit zou dan kunnen dienen als vangnet in gevallen waarin vergunningverlening en handhaving vermoedelijk niet toereikend zouden zijn voor het voorkomen van schade. Het bevoegd gezag heeft dan beleidsvrijheid voor een proportionele toepassing. De vraag blijft echter hoe in lijn van deze optie om dient te worden gegaan met rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Terzake de optie 'Befize als vangnet' wordt opgemerkt dat de markt voor financiële zekerheidsstellingen zich waarschijnlijk niet zal ontwikkelen, waardoor degenen die een financiële zekerheidsplicht hebben mogelijk moeilijk daaraan kunnen voldoen.

Voorts is opgemerkt, dat bij de keuze van de optie 'Befize als vangnetbevoegdheid' juist ook overwogen moet worden om de werkingssfeer te verbreden.

4.2.5

PREVENTIEVE WERKING

Uit de interviews met de provincies is gebleken dat van Befize in zekere mate een preventieve werking uitgaat. De geïnterviewden uit de private sector ontkennen dit echter. In de workshop is aan zowel de publieke sector als aan de private sector gevraagd hoe dit verschil in opvatting te verklaren is. De deelnemers aan de workshop publieke sector geven allen aan dat in de praktijk is gebleken dat de opslagcapaciteit voor afval soms omlaag gaat. Tijdens en na het vooroverleg merken de vergunningverleners dat er menigmaal een verandering plaatsvindt in de vorm van bijvoorbeeld het verminderen van de opslagcapaciteit. Dit wordt dan ook gezien als een preventieve werking van het Besluit. Het verschil in opvatting zou gelegen kunnen zijn in het feit dat de publieke sector uitgaat van het hele vergunningentrajec, inclusief informeel overleg, terwijl de private sector de situatie beoordeelt zoals die na de formele vergunningaanvraag luidt.

4.2.6

VOORKEUR VOOR VORM VAN FINANCIËLE ZEKERHEID

Uit de workshop blijkt dat er in de praktijk een voorkeur uitgaat naar de bankgarantie, onder meer vanwege het feit dat deze in vergelijking met andere vormen makkelijker verkrijgbaar is op de private markt, en vanwege de grote mate van zekerheid die hiermee geboden wordt. De (relatief hoge) kosten voor het bedrijfsleven worden echter als een nadeel gezien. Bedrijven zijn bij een bankgarantie als het ware hun geld 'kwijt'. Het bedrag gaat namelijk af van de leencapaciteit, zodat de investeringsruimte kleiner wordt.

Naast de bankgarantie wordt ook de mogelijkheid van hypotheek genoemd. Niettemin kleven hieraan naar oordeel van de workshop verschillende nadelen: een hypotheek zou à la minuut kunnen worden opgezegd, en het taxatierapport kan niet actueel zijn. Voorts zou bij een hypotheek de marktwaarde van het onderpand moeten worden bijgehouden. Dat is een tijdrovend werk waarvoor geen tijd (en kennis) beschikbaar is.

Ook aangaande de verzekering wordt gesteld dat deze kan worden opgezegd door een vergunninghouder. Daarnaast kan het voorkomen dat een vergunninghouder zijn verzekeringspremie niet heeft betaald, waardoor de verzekering door de verzekeraar wordt ontbonden. Vergunningverleners hebben vaak overigens geen kennis om de 'kleine lettertjes' goed te kunnen interpreteren. Een van de deelnemers stelt dat een verzekering altijd wel een reden bij een bedrijf vindt waardoor de verzekering niet uitbetaalt bij schade. Overigens werd dit standpunt tegengesproken tijdens de workshop private sector.

4.2.7

COLLECTIEVE REGELING (FONDSVORMING)

Er is thans geen fonds voor afvalbedrijven. In de workshop publieke sector is kort gediscussieerd of men al dan niet voorstander zou zijn van een collectieve regeling. Er is hier geen duidelijk gezamenlijk standpunt geformuleerd. Een van de deelnemers geeft aan geen voorstander te zijn van een fonds, aangezien dat een te hoge belasting zal opleveren voor startende bedrijven. Ook wordt aangegeven dat het van belang is een onderscheid te maken tussen een landelijk fonds van de overheid, en een fonds dat beheerd wordt door bijvoorbeeld de afvalbranche.

4.2.8

CRITERIA BEFIZE

Tijdens de workshop is gebleken dat de deelnemers van mening verschillen over de vraag welke criteria in het Besluit noodzakelijk en goed uitvoerbaar zijn. Een participant is van mening dat de criteria zoals die nu zijn opgenomen in het Besluit in orde zijn. Deze deelnemer past het Besluit spaarzaam toe. Een andere deelnemer geeft in lijn met het IPO-beleid aan dat een drietal criteria niet nuttig zijn, te weten (1) de aanwezigheid van een milieuzorgsysteem, (2) de frequentie van het afvoeren van afvalstoffen en (3) de naleving van de vergunningvoorschriften. Echter, door een van de deelnemers wordt juist het criterium van de naleving van de vergunningvoorschriften juist zeer belangrijk gevonden. Volgens deze deelnemer is dit criterium van doorslaggevende aard om al dan niet een verplichting tot financiële zekerheid voor te schrijven. Deze opvatting vindt bijval in de workshop: de mogelijkheid van het voorschrijven van een financiële zekerheidsstelling kan achter de hand worden gehouden op het moment dat een bedrijf de vergunningvoorschriften niet naleeft. Daaraan wordt door een deelnemer toegevoegd dat dit met name relevant is voor het voorkomen van bodemverontreiniging (naleving voorschriften ter preventie van lekkages naar de bodem).

4.3

WORKSHOP 'PRIVATE SECTOR'

Aan deze workshop hebben vijf vertegenwoordigers van het bedrijfsleven deelgenomen. Een deelnemer moest wegens ziekte afzeggen. Deelnemers waren vertegenwoordigers van banken, verzekeraars, en van vertegenwoordigende organisaties voor bedrijven die met een verplichting tot financiële zekerheidsstelling in hun vergunning kunnen worden geconfronteerd. Tevens was er een vertegenwoordiger namens het Ministerie van VROM.

4.3.1

INTREKKEN DAN WEL TERUGHOUDEND TOEPASSEN VAN BEFIZE

De workshop bevestigt het beeld uit de interviewronde dat bedrijven Befize graag ingetrokken zouden willen zien. De meest vergaande uitspraak is 'hoe komen we van Befize af'. De aanwezigen twifelen aan de zin van Befize. Volgens de bedrijven wordt het belangrijkste doel, het aanpakken van probleembedrijven, niet gehaald. Het beperkte nut van Befize blijkt volgens bedrijven uit het beperkte gebruik door overheden. Naast deze fundamentele redenen wordt gewezen op praktische nadelen als ingewikkeldheid en hoge administratieve lasten. De genoemde argumenten kwamen reeds in de interviews naar voren.

Meerdere bedrijven vinden het jammer dat er vooralsnog geen kwantitatief onderzoek is uitgevoerd naar het aantal toepassingen van Befize en de argumenten bij feitelijke toepassing. Daardoor dreigt een herhaling van de discussie uit de periode 2001-2003. De onderzoekers geven aan dat bij het begin van het onderzoek, toen uit via het IPO verkregen informatie duidelijk was dat Befize weinig werd toegepast, in overleg met de begeleidingscommissie is besloten een kwalitatief onderzoek te houden naar de redenen voor niet-toepassing.

4.3.2

DREMPELBEDRAG EN GEBONDEN TOEPASSING BEFIZE

In de workshop wordt gesteld dat een hoog drempelbedrag ten onrechte alleen de grote bedrijven treft, die bewezen hebben een betrouwbaar bedrijfsbeleid te voeren. Verder acht men het vanuit concurrentieoogpunt onjuist als kleine bedrijven worden bevoordeeld. Omdat je met een hoog drempelbedrag de verkeerde bedrijven treft, is men derhalve tegen dit voorstel.

4.3.3

BEFIZE ALS VANGNET

Vooraf voor de afvalbranche staat men niet afwijzend voor de optie van Befize, mits het primair wordt toegepast als vangnet voor probleembedrijven. De afvalbranche heeft hierbij benadrukt dat de afgelopen jaren juist de grotere professionele bedrijven met het Besluit zijn geconfronteerd, hetgeen juist niet de bedoeling van het Besluit is geweest. Wel is van belang dat de overheid tegelijkertijd actief handhaaft richting starters en illegale bedrijven. Deze opvatting kwam reeds naar voren in de interviews.

Omdat door een wijziging van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit een groter deel van de afvalstromen onder gemeentelijk toezicht is gekomen, wordt de opsporing van probleembedrijven als een nog groter dilemma ervaren.¹²⁹ Mogelijk biedt de Wet Bibob wel wat extra armslag aan overheden om probleembedrijven aan te pakken.

4.3.4

VERHOUDING TUSSEN (KLEINE) STARTERS EN (GROTE) GEVESTIGDE BEDRIJVEN

In diverse discussies in de workshop private sector werd, in het verlengde van eerdere interviews, een tegenstelling geschetst tussen grote, betrouwbare afvalbedrijven en kleine, nog niet bewezen, starters. Gevestigde bedrijven zijn de afgelopen tien jaar geprofessionaliseerd, hebben bewezen een betrouwbare partner te zijn, en hebben een solide financiële basis. Deze resultaten worden door overheden gewaardeerd. Zo hoeven bedrijven die op 1 mei 2004 al bij de Kamer van Koophandel als afvalbedrijf waren geregistreerd, aan minder zware eisen te voldoen voor de zogeheten VIHB-regeling (VIHB = vervoerders, inzamelaars, handelaren, bemiddelaars). Een VIHB-inschrijving is sinds 1 mei 2004 nodig om op de afvalmarkt actief te zijn. Volgens de afvalbranche is het vreemd dat juist deze bedrijven (zouden) worden geconfronteerd met een verplichting tot financiële zekerheidsstelling.

De milieukundige en financiële risico's zitten bij de kleine starters en illegale bedrijven. Illegale bedrijven vallen per definitie niet onder Befize en kunnen alleen opgespoord worden met actieve overheidshandhaving. Op handhaving wordt in zowel interviews als workshop steeds opnieuw gehamerd. Bij starters biedt de Wet Bibob goede mogelijkheden voor zover het gaat om de integriteit van de ondernemer c.q. vergunningaanvrager.

De onderzoekers willen enige nuancering aanbrengen bij de geschetste tegenstelling tussen bestaande en nieuwe bedrijven. Indien gevestigde bedrijven nieuwe activiteiten op afvalgebied beginnen, dienen ook deze met kritische blik te worden bekeken. Voorkomen moet worden dat het nieuwkomers onmogelijk wordt gemaakt om de markt te betreden.

4.3.5

INVLOED OP CONCURRENTIEPOSITIE

In de interviews heeft één provincie opgemerkt het vermoeden te hebben dat startende bedrijven naar provincies gaan waar het beleid inzake Befize het minst streng is. Een andere provincie geeft aan dat hun actief Befize-beleid op kritiek stuit bij de bedrijven, juist omdat andere provincies een beduidend minder actieve opstelling hebben. Deze kritiek wordt beaamd door de bedrijven, die stellen dat verschillen in toepassing slecht zijn omdat dit de concurrentieverhoudingen verstoort.

¹²⁹ Gerefereerd wordt aan een wijziging van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer van 15 maart 2005, St. 168. Op basis van informatie van het Ministerie van VROM wordt echter ingeschat dat de invloed van dit besluit veel minder groot is als gesteld tijdens de workshop.

In de workshop private sector is besproken of toepassing van financiële zekerheid invloed kan hebben op de vestigingsplaats van bedrijven en of verschil in toepassing een reëel effect kan hebben op de concurrentieverhoudingen. Over invloed op de vestigingsplaats is de mening eenduidig nee. Logistieke overwegingen en grondkosten zijn voor bedrijven belangrijker dan mogelijke toepassing van Befize. Over de invloed op concurrentieverhoudingen is de mening genuanceerd: Hoewel Befize op zich het speelveld niet fundamenteel zal veranderen, worden bedrijven die met het Besluit te maken hebben wel met serieuze concurrentienadelen geconfronteerd. Afvalbedrijven zijn verder bevreesd voor cumulatie met andere voorschriften. Er wordt voorts op gewezen dat, door markt en regelgeving, de afvalmarkt steeds meer internationaliseert.

4.3.6

PREVENTIEVE WERKING

Verschillende provincies geven aan dat van Befize een preventieve werking uitgaat. Genoemde voorbeelden zijn minder opslagcapaciteit voor afval en doorlichting van de bedrijfsvoering. Bedrijven stellen daarentegen dat Befize niet tot extra preventie leidt: zij voldoen aan wet- en regelgeving.

Hoe valt dit verschil te verklaren? In de workshop private sector kwam naar voren dat het gaat om een verschil in perceptie. Bedrijven kijken door vooroverleg inderdaad nog eens kritisch naar hun afvalcapaciteit en bedrijven onderzoeken zo mogelijk ook of de bedrijfsvoering verbeterd kan worden. Zij beschouwen deze nuttige discussies met bevoegde gezagen echter niet als preventie, maar als normaal onderdeel van het vooroverleg.

Naar de mening van de onderzoekers kan een lagere opslagcapaciteit, als deze door vooroverleg tot stand komt, wel degelijk als preventieve werking worden aangemerkt. Zonder Befize zou het bedrijf immers meer milieuruimte hebben gevraagd.

4.3.7

VOORKEUR VOOR VORM VAN FINANCIËLE ZEKERHEID

Uit oogpunt van het beperken van de kosten hebben bedrijven, indien mogelijk, een voorkeur voor het verzekeren van milieurisico's. Een afvalbedrijf probeert daarom zijn risico in een verzekering onder te brengen. In hoeverre is dit een begaanbare weg?

In de workshop private sector is gebleken dat verzekeraars terughoudend zijn om dit soort markten aan te boren. Dit was zo bij de invoering van Befize, en geldt in principe ook voor de Europese Richtlijn milieuaansprakelijkheid. Bedrijven, die door de overheid geforceerd op zoek gaan naar een verzekering, zijn geen aantrekkelijke klanten. Het beste is als de vraag zich vanuit de bedrijven ontwikkelt en grote aantallen bedrijven (vele duizenden) aanspreekt. Bij de milieuschadeverzekering voor traditionele milieuschades is dat met meer dan 50.000 polissen goed gelukt. Overigens zal bij opzet en fraude geen enkele verzekering een schadebedrag uitkeren.

In de workshop ‘publieke sector’ is gesteld dat verzekeraars mogelijk geen dekking bieden indien een vergunningvoorschrift is overtreden. Verzekeraars reageren hierop door te stellen dat dit in de schadepraktijk zelden tot nooit voorkomt. Slechts indien sprake is van een causaal verband tussen het overtreden voorschrift en de ontstane milieuschade zal dat feit zich kunnen voordoen.

4.3.8

FONDSVORMING

In de workshop private sector is het voorstel gedaan om uit de algemene middelen een fonds in het leven te roepen om op die manier de financiële risico's voor alle afvalbedrijven af te dekken. Deze mogelijkheid wordt als pragmatisch en eenvoudig gezien. Omdat de administratieve lasten van Befize hoog zijn en de feitelijke risico's gering, zou dit per saldo een goedkopere oplossing zijn. Desgevraagd deelt de verzekeringsbranche mee, dat het mogelijk moet zijn om voor een dergelijk breed fonds, alle afvalbedrijven betreffend, een verzekering af te sluiten die garandeert dat noodzakelijke uitbetalingen te allen tijde gedaan kunnen worden.

4.4

AFRONDEND

De workshops hebben interessante, doch ook uiteenlopende inzichten gegeven over de mogelijke verbetering van Befize. Er kan derhalve geen eensluidende aanbeveling uit worden gegenereerd. Wel komt nadrukkelijk het beeld naar voren dat er reeds een sterke preventieve werking uitgaat van enerzijds het goed ontwikkelde regime van vergunningverlening en handhaving, en anderzijds de professionalisering van bedrijven. Befize zou dan ook alleen toegepast moeten worden indien er een reëel risico op niet verhaalbare milieuschade geschat wordt. Met name voor uitzonderingssituaties, bijvoorbeeld kortlopende en/of risicovolle situaties, zou er een reden zijn voor het voorschrijven van een financiële zekerheid. Probleem daarbij is dat de verzekeringsmarkt zich nog maar beperkt ontwikkeld heeft, en dat de bankgarantie als relatief duur wordt gezien (maar dat laatste is wellicht een acceptabel feit als het juist om een uitzonderingssituatie gaat). Bij een beperkte toepassing van Befize zal er geen reële impuls zijn voor een verdere ontwikkeling van de markt.

Wat betreft het indammen van risico's op niet verhaalbare milieuschade is uit de workshop publieke sector het interessante feit naar voren gekomen dat via de Bibob-toets bruikbare gegevens worden verkregen die relevant zijn voor de inschatting van de financiële situatie en integriteit van bedrijven. Dit versterkt het beeld dat er reeds een vergevorderd publiekrechtelijk regime is (vergunningverlening, inclusief Bibob-toets, en handhaving) hetgeen de kans op niet verhaalbare schade bij bedrijven die met een vergunning opereren sterk mitigeert. Onderzoekers tekenen hierbij aan dat de Wet Bibob nog jong is, en dat pas over enige tijd de grenzen en mogelijkheden van deze wettelijke integriteitsbeoordeling duidelijker zullen worden.¹³⁰

¹³⁰ Zie inzake de Wet Bibob (de waarschijnlijk eerste uitspraak in hoofdzaak door de Afdeling) ABRvS 24 mei 2006, JB 2006, nr. 217, m.nt. M.O-V (overigens niet in kader van de beoordeling van een Wm-vergunning).

Intrekking van Befize wordt als een optie gezien, zowel bij vertegenwoordigers van de provincies als bij vertegenwoordigers van bedrijven. Wat dat laatste betreft kan men zich voorstellen dat degene die een financiële last zal ondervinden, graag zal zien dat die wordt weggenomen. Echter, het feit dat ook vertegenwoordigers van de publieke sector aangeven dat er maar heel weinig schadegevallen zijn lijkt de stelling dat Befize niet nodig is te onderbouwen. In hoofdstuk 3 is evenwel gebleken dat juist een optredend schadefeit in een provincie juist aanleiding is om Befize ruim toe te passen. Het nut van Befize wordt derhalve door provincies verschillend ervaren.

Tegenover de opties van intrekken dan wel vangnet staat dat een gebonden toepassing van een financiële zekerheidsplicht als wenselijk wordt gezien door de milieubeweging. Met name een gebonden toepassing van Befize boven een (hoog) drempelbedrag is als optie besproken door de deelnemers aan de publieke workshop.

Voorts wordt aangenomen dat Befize wel zeker een preventieve werking heeft, zij het dat het moeilijk is om dat meer cijfermatig uit te drukken.

De mogelijkheid voor bedrijven om een financiële zekerheid te vinden lijkt nog beperkt, doordat de markt zich hier nog maar weinig op toelegt. Onderzoekers vragen zich af of er hier sprake is van een “kip en ei” situatie: zou het niet zo zijn dat bij een brede toepassing door de overheid van de verplichting tot financiële zekerheid een zodanig belangrijke impuls wordt gegeven dat de markt zich ontwikkelt? Voordat hier nader op wordt ingegaan, moet eerst worden stilgestaan bij de principiële voorafgaande vragen, luidende:

- § Is er aanleiding Befize in te trekken?
- § Is er aanleiding een hoog drempelbedrag in te stellen, in combinatie met een gebonden toepassing?
- § Is er aanleiding Befize als een vangnet te zien, met aanpassing van de criteria waaronder tot oplegging kan worden overgegaan? Bij deze optie speelt ook de vraag welke mate van beslissingsvrijheid aan de vergunningverlenende organen wordt gelaten, en of het acceptabel is dat door bestuursorganen een verschillende invulling wordt gegeven aan deze vrijheid.

In het volgende hoofdstuk wordt een eindanalyse gepresenteerd, waar deze opties aan bod zullen komen. Over de mogelijkheid van fondsvorming zijn slechts globale opvattingen verwoord tijdens de interviews en de workshops. Het is een aparte optie die een eigenstandig onderzoek verdient.

HOOFDSTUK 5 Eindanalyse en aanbevelingen

5.1

ALGEMEEN BEELD OVER DE TOEPASSING TOT DUSVER

In voorgaande hoofdstukken is uiteengezet wat de belangrijkste theoretische standpunten zijn inzake het instrument van financiële zekerheid voor milieuschadelijke activiteiten, hoe de totstandkomingsgeschiedenis luidde van Befize, en wat in kwalitatieve zin de ervaringen zijn met Befize tot nu toe. Voorafgaand aan dit onderzoek was reeds bekend dat aan Befize geen ruime toepassing wordt gegeven, en dat er verschil is in toepassing door met name de provincies. In november 2005, dus nog tamelijk recent, is in IPO-verband een interim-beleidslijn vastgesteld. Van twee provincies is bekend dat een andere werkwijze (namelijk, een hoger drempelbedrag) zal worden gehanteerd dan in het IPO-beleid is vastgesteld. Het IPO-beleid moet, om als een beleidsregel te kunnen gelden in het kader van de besluitvorming, door de bevoegde bestuursorganen (al dan niet in gewijzigde vorm) worden vastgesteld. Ten tijde van dit onderzoek was dit proces in de meeste gevallen nog niet voltooid.

Een en ander heeft consequenties voor de uitvoering van Befize tot nu toe. Er is sprake geweest (en nog steeds) van een gewenningsperiode, en er was tijd nodig om dit besluit te implementeren in de praktijk. Dit blijkt uit de volgende factoren:

- § Er is, zoals geschetst, pas recent een IPO-beleid omtrent de toepassing van Befize.
- § In de tweede plaats speelt een rol dat de vergunningverleners doorgaans niet vertrouwd zijn met het niet-technische doch bedrijfseconomische instrument van de financiële zekerheidsstelling. Men voelt zich er niet mee vertrouwd, het “eigen maken” van de materie kost tijd, en de capaciteit is beperkt. Dit leidt naar onze indruk tot een terughoudende toepassing in de praktijk. Pas als vergunningverleners vertrouwd zijn met de economische aspecten en zich derhalve in staat achten om de gewenste afwegingen te maken, zal de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling als wens worden ingebracht in het (voor)overleg over een te verlenen vergunning.
- § Ten derde: aan vergunningprocedures gaat doorgaans informeel overleg vooraf, hetgeen weken tot maanden in beslag kan nemen. Het kan dus nog wel even duren eer de daadwerkelijke toepassing van Befize conform de respectievelijke provinciale beleidsregels (voor zover die inderdaad tot stand komen) doorwerkt in de beslissingen omtrent de vergunningaanvragen.

Echter, in aanvulling op deze factoren zijn ook andere zaken relevant. In één geïnterviewde provincie wordt een vrij ruime toepassing gegeven aan Befize, vanwege een schadegeval in de jaren negentig hetgeen tot bestuurlijke problemen heeft geleid. In een andere provincie wordt een matig intensieve mate toepassing aan Befize gegeven (daarbij in feite het IPO-beleid volgend). Andere provincies geven aan dat zij het nut van toepassing niet inzien, juist omdat er eigenlijk nauwelijks schadegevallen zijn te verwachten (in het recente verleden zijn die er dan ook bij deze provincies niet of bijna niet geweest). Daarbij wordt gesteld dat het regime van vergunningverlening en handhaving zodanig sterk is dat hiervan een voldoende preventieve werking te verwachten is. Alleen voor uitzonderingssituaties, bijvoorbeeld kortdurende activiteiten of (ondanks vergunningverlening toch nog) risicovolle activiteiten zou dan een financiële zekerheidsplicht gewenst zijn. Daarnaast is interessant dat via de Wet Bibob voor een deel al het gevaar van milieuschade (wegens malafide ondernemers) kan worden afgewend.

Voor zover wij hebben nagegaan, wordt in de gemeentelijke praktijk zeer terughoudend omgegaan met de mogelijkheid van Befize. Als argumenten worden gegeven: beperkte capaciteit, moeilijkheden bij de toepassing, het niet willen belasten van bedrijven, en het niet zien van een noodzaak vanwege het ontbreken van ernstige schadegevallen in het recente verleden. Voor een afstemming van de toepassing door gemeenten is voor zover ons bekend is geen initiatief genomen door gemeenten of de VNG, en ook is er geen aansluiting gezocht met het proces voor het totstandbrengen van een IPO-beleid.

Uit het onderzoek blijkt voorts dat een financiële zekerheidsplicht alleen of nagenoeg alleen voor afvalsituaties wordt opgelegd. Terzake bodem is in de workshop opgemerkt dat er, door de adequate vergunningverlening, eigenlijk nauwelijks risico is op bodemschade. Er is dan ook geen reden om een inspanning in het vergunningsproces te wijden aan het opleggen van een zekerheidsplicht. Bovendien wordt mogelijk een eventuele aansprakelijkheid voor bodemschade onder omstandigheden reeds gedekt door het aanwezige verzekeringspakket.

Voor zover er door bestuursorganen gekozen wordt voor een financiële zekerheidsplicht, blijkt de zekerheid vooral gevestigd te worden door een bankgarantie (bij afval). Dit is in principe een duurdere optie voor de bedrijven. De markt voor meer kosteneffectieve opties lijkt heel beperkt te zijn. Van de kant van de verzekeraars wordt bovendien aangegeven dat zij niet gemotiveerd zijn om opties te ontwikkelen indien er geen vraag vanuit een grote groep bedrijven komt. Dit standpunt is in overeenstemming met het volgende bedrijfseconomische argument: is er een markt waaruit winstvoordelen kunnen worden gegenereerd? Mogelijk speelt hier een rol dat het moeilijk is om het risico goed te omschrijven en in te schatten, hetgeen de verzekeraars dan ook begrijpelijk huiverig maakt om een product te ontwikkelen.

Terzake de afvalbedrijven is gesproken met de grotere, gevestigde bedrijven. Deze bedrijven hebben vooral bezwaren tegen het feit, dat vooral grote, gevestigde bedrijven met een verplichting tot financiële zekerheid worden geconfronteerd, terwijl milieukundige en financiële risico's vooral bij kleine starters en illegale bedrijven zouden zitten. Men staat niet afwijzend tegen Befize als vangnet voor probleembedrijven. Tegen illegale bedrijven bestaat maar één middel: actieve handhaving door de overheid. De afvalbedrijven hebben voorts problemen met het verschil in toepassing van Befize, omdat dit de concurrentieverhoudingen zou verstoren. De praktische invloed op de concurrentieverhoudingen is echter gering: Befize zal op zich het speelveld op de afvalmarkt niet fundamenteel veranderen, en Befize zal geen invloed hebben op de vestigingsplaats van afvalinstallaties. Logistiek en grondkosten zijn belangrijkere factoren.

5.2

BEANTWOORDT BEFIZE AAN ZIJN DOEL? BEFIZE ALS VANGNET

Dit alles leidt tot de vraag of het huidige Befize aan zijn doelstelling beantwoordt, en wat mogelijke verbeterpunten zouden kunnen zijn. Indien we uitgaan van het gegeven dat het instrument van de financiële zekerheidsstelling beoogt dat de overheid, bij bijvoorbeeld faillissement van een bedrijf, zelf niet de kosten in verband met milieuschade zou hoeven dragen, dan kunnen we constateren dat gelet op het beperkt voorkomen van deze schades een terughoudend gebruik van Befize goed valt te verklaren. Dit ligt ook in lijn met de discussie die heeft plaatsgevonden over artikel 8.15 Wm: de regering stelde dat via vergunningverlening de ernstige risico's meestal kunnen worden beperkt tot een aanvaardbaar niveau. Echter, omdat risico's niet volledig kunnen worden uitgesloten, zou het stellen van financiële zekerheid een aanvullende betekenis hebben. Met deze aanvullende rol lijkt uitdrukking te zijn gegeven aan het gebruik van het instrument van financiële zekerheid als vangnet. Ook is in het totstandkomingsproces gesteld dat de liquiditeitspositie van bedrijven niet meer beïnvloed zou moeten worden dan vanuit milieuoogpunt strikt noodzakelijk is. Ook hierbij past dat alleen een financiële zekerheid wordt opgelegd indien dat inderdaad gelet op de omstandigheden van de aangevraagde activiteit noodzakelijk wordt geacht. Vervolgens zijn in het kader van het totstandkomingsproces van Befize met name van de kant van het bedrijfsleven kritische standpunten gesteld over het nut en de uitvoerbaarheid van Befize. In deze kan men er natuurlijk van uitgaan dat het bedrijfsleven in principe geen extra financiële last wil dragen, en derhalve dan ook tegen zo een regeling is. Derhalve is van groot belang dat ook de Raad van State kritisch was over de noodzaak van de regeling. De regering zette evenwel door, en koos met name op grond van niet zo zeer praktische, maar meer principiële redenen voor de regeling. Daarbij werd aangevoerd dat via dit instrument bedrijven verantwoordelijkheid zullen nemen en (onder invloed van de zekerheidsstelling) risico's zullen willen voorkomen. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat er inderdaad een zekere preventieve werking uitgaat van Befize; het is echter op basis van de huidige verkregen gegevens niet vast te stellen hoe sterk of omvangrijk deze preventieve werking is, en of deze in verhouding staat met de kosten (voor zowel overheid als bedrijfsleven) van het opleggen van het instrument.

De gekozen wettelijke structuur bevestigt het beeld dat Befize een vangnetfunctie vervult: er geldt geen algemene verbindende plicht tot het stellen van een financiële zekerheid, maar via de vergunningverlening kan worden beoordeeld of er aanleiding is een financiële zekerheid te stellen. Uit de formulering van artikel 8.15 Wm kan worden afgeleid dat de op grond van dat artikel tot stand te brengen AMvB (slechts) een mogelijkheid introduceert voor de vergunningverleners om een financiële zekerheidsplicht op te leggen. Uit het totstandkomingsproces kan ook worden afgeleid dat het instrument (slechts) een aanvullende rol heeft. Ook in Befize zelf wordt duidelijk gesteld dat het bevoegd gezag over “kan” gaan tot het voorschrijven van een financiële zekerheidsplicht. Het betreft een bevoegdheid met beleidsvrijheid. Uit de jurisprudentie blijkt dat de aan de bestuursorganen gegeven beleidsvrijheid wordt gerespecteerd door de Afdeling bestuursrechtspraak. Uiteraard moeten de in het Besluit gegeven criteria worden betrokken bij de beslissing, maar de beslissing of een financiële zekerheid wordt opgelegd wordt marginaal getoetst.

Hierboven is geconstateerd dat Befize als een vangnet fungeert. Het IPO-beleid versterkt dit uitgangspunt door voor afvalbedrijven een hogere drempelwaarde te kiezen dan verwoord in Befize (€ 100.000 in plaats van € 10.000; twee provincies zullen een drempelwaarde van € 1.000.000 hanteren).¹³¹ Boven de drempelwaarde van € 100.000 zal, volgens het IPO-beleid, via een beslisboom worden nagegaan of het zinvol is een financiële zekerheidsplicht voor te schrijven. Er geldt geen “automatische” toepassing boven het drempelbedrag.

Samengevat kan gesteld worden dat ook na inwerkingtreding van Befize het nut van en diensgevolge ook de toepassing van Befize omstreden is. Indien inderdaad het standpunt juist is dat het publiekrechtelijke regime van vergunningverlening en handhaving dusdanig sterk ontwikkeld is dat er een sterke preventie is zodat ernstige milieuschadegevallen nauwelijks optreden, dan lijkt er weinig reden te zijn voor het voorschrijven in een vergunning van een financiële zekerheid. Wel zou voor afwijkende, mogelijk risicovolle situaties (waarvoor toch vergunningverlening kan worden verleend), de verplichting tot het stellen van financiële zekerheid als een vangnet kunnen worden gebruikt. Het afschaffen van Befize zou als nadeel hebben dat dit vangnet niet meer kan worden gebruikt.

Met name de volgende argumenten pleiten ervoor dat Befize vooralsnog niet ingetrokken zou moeten worden:

- § Het besluit is pas gedurende een relatief korte termijn van toepassing, gedurende welke duidelijk sprake was van een gewenningsperiode.
- § Het IPO-interimbeleid is van recente datum en moet nog worden geïmplementeerd; ervaringen met dit beleid zijn nog niet geëvalueerd.

¹³¹ Boven het drempelbedrag van € 1.000.000 euro zal in principe een financiële zekerheid worden gevraagd.

§ Er zijn theoretische argumenten voor het hanteren van het instrument van financiële zekerheid. Indien echter de kracht van het vergunnings- en handhavingsregime zo groot is dat er nauwelijks schadegevallen optreden, lijkt er sprake te zijn van een dubbele benadering van de bedrijven. Dat rechtvaardigt de vervolgens de gedachte dat Befize in uitzonderingsgevallen zou moeten worden toegepast, bijvoorbeeld bij duidelijke twijfel over de solvabiliteit van een bedrijf. Befize fungeert dan dus als vangnet.

Juist gelet op het feit dat het nut van het opleggen van financiële zekerheden in milieuvergunningen omstreden is, en vanwege het feit dat dit kwalitatieve onderzoek is uitgevoerd terwijl de gewenningsperiode in feite nog niet geheel is afgerond, is er aanleiding om over een aantal jaren een vervolgevaluatie uit te voeren over zowel kwantitatieve als kwalitatieve aspecten. Te denken valt aan vijf jaar na nu, te weten 2011, zodat dan een grondig inzicht kan worden verkregen in de voor- en nadelen van de toepassing van Befize in de praktijk.

5.3

KANTTEKENINGEN BIJ BEFIZE ALS VANGNET

Bij de constatering dat Befize als vangnet zou fungeren zijn een aantal kanttekeningen te maken.

In de eerste plaats zijn er provincies die het (tot zekere hoogte) wel zinvol vinden om een financiële zekerheidsplicht op te leggen. De vraag die hier rijst is of het niet juist aantrekkelijk is om de afweging tot het opleggen van een zekerheidsplicht over te laten aan de afwegingen die op decentraal (provinciaal en gemeentelijk niveau) worden gemaakt.¹³² De constructie van Befize als vangnet leidt tot de noodzaak voor het bestuur om in voorkomende gevallen te motiveren waarom een financiële zekerheid al dan niet wordt opgelegd. Op dit punt zullen uiteraard verschillen van mening ontstaan met vooral vergunningaanvragers, die de last van een financiële zekerheid liever niet opgelegd willen krijgen, met name indien de financiële zekerheid moeilijk of slechts tegen relatief hoge kosten te verkrijgen is op de markt. In dit licht kan een beleidsregel de afwegingsplicht en motiveringsplicht minder zwaar maken, zij het dat dan de vraag ontstaat of een beleidsregel inhoudelijk niet disproportioneel zou zijn, door wellicht een te ruime toepassing te geven aan de bevoegdheid.

Een eventueel verschil in toepassing tussen provincies (in die zin, dat er verschillende beleidsregels worden opgesteld) is mogelijk tot op zekere hoogte een acceptabel feit. Een verschil in toepassing van milieuwetgeving kan nu eenmaal bestaan daar waar via gelede normstelling een zekere beslissingsvrijheid aan decentrale bestuursorganen wordt gelaten.¹³³

¹³² De behoefte aan ruimte voor decentrale overheden (gemeenten) kan ook worden gelezen in het rapport "Wil tot verschil" van de Commissie Toekomst Lokaal Bestuur, in opdracht van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Den Haag, 2006).

¹³³ Uiteraard zal de uitvoering te allen tijde moeten voldoen aan de europeesrechtelijk gestelde eisen, bijvoorbeeld waar het gaat om een effectieve uitvoering van de IPPC-richtlijn.

In het geval van de bevoegdheid voor het opleggen van een financiële zekerheidsplicht kan worden verdedigd dat het om een tamelijk vrije bevoegdheid gaat, waarbij de in Befize geformuleerde criteria weliswaar in de afweging moeten worden betrokken, maar waarbij de bestuursrechter deze afweging tot dusver niet vol toetst.

Het komt er op aan dat de motieven voor de toepassing (of juist het afzien van toepassing) helder zijn, en dat de toepassing blijft binnen het kader van de geformuleerde bevoegdheid. Het vaststellen van een provinciale beleidsregel inzake de toepassing van Befize valt daarom ook aan te bevelen. De praktijk heeft dit in feite al ter hand genomen, en de praktijk laat dan ook zien dat de provincies inderdaad afwijkende standpunten wensen in te nemen. Een gemeentelijk VNG-beleid is tot op dusverre niet geïnitieerd.

Indien er wordt uitgegaan van een zekere beslissingsruimte voor de provinciale en gemeentelijke vergunningverlenende instanties om al dan niet financiële zekerheid op te leggen, dan rijst de vraag wat gedaan zal worden indien er onverhoopt toch schade ontstaat zonder dat er de garantie is van een financiële zekerheid. Van belang daarbij is de vraag of er een plicht is voor de (voor vergunningverlening en handhaving verantwoordelijke) bestuursorganen om in geval van schade deze ook daadwerkelijk op te ruimen. Opvallend genoeg bevat de richtlijn milieuaansprakelijkheid een dergelijke regel niet.¹³⁴ De Nederlandse wetgeving kent ook geen expliciet algemeen verankerde plicht dat de overheid milieuschade, die niet door de overtreder kan worden opgeruimd, zelf opruimt. Deze plicht valt mogelijk wel af te leiden uit bestaande bepalingen.¹³⁵

In principe zal in de praktijk de milieuschade waarschijnlijk wel door de overheid worden opgeruimd. Niettemin zou nagedacht kunnen worden over de vraag hoe de verantwoordelijkheid van de overheid voor het opruimen van milieuschade in de milieuwetgeving wellicht nog beter ingebed kan worden. Alleen al vanwege het feit dat overheden mogelijk de “zwarte piet” door willen schuiven naar een ander lijkt een reden om hiervoor een helder juridisch regime te hebben.

De tweede kanttekening betreft de veronderstelling dat het publiekrechtelijke regime van vergunningverlening en handhaving zodanig krachtig is dat schadegevallen worden vermeden.

¹³⁴ Zie hierover kritisch Ludwig Krämer, Directive 2004/35/EC on Environmental Liability, in G. Betlem, E. Brans, *Environmental Liability in the EU*, Cameron May, London. 2006, p. 29-49.

¹³⁵ Op zich is deze vraagstelling geen onderdeel van dit onderzoek. Wel kan kort het volgende worden gesteld: mogelijk kan uit de bepalingen over bestuursrechtelijke handhaving in hoofdstuk 18 Wm een opdracht c.q. taak worden afgeleid voor de overheid om uiteindelijk ook feitelijk te herstellen wat in strijd met gestelde voorschriften aan milieuschade is veroorzaakt. Bovendien houdt de bestuursrechter het bestuur streng aan een handhavingsplicht (beginselplicht tot handhaving, het lijkt aannemelijk te zijn te veronderstellen dat hierin ook een “beginselplicht tot opruimen” is gelegen in het geval de veroorzaker dat zelf niet meer kan doen). Bovendien is er een mogelijkheid dat vanwege Europeesrechtelijke bepalingen opgetreden en opgeruimd moet worden. In dit verband wordt ook verwezen naar de specifieke in art. 30 Wbb neergelegde opdracht voor GS om in geval van een ongewoon voorval waarbij een geval van ernstige verontreiniging ontstaat of de bodem ernstig is of dreigt te worden aangetast, onverwijld maatregelen te nemen. Tot slot geldt als sluitstuk art. 21 Grondwet, maar de juridische betekenis daarvan is niet uitgekristalliseerd.

De “kracht” van dit regime is in dit onderzoek niet onderzocht.¹³⁶ In dit verband kan, met de nodige armslagen, worden opgemerkt dat met name op het gemeentelijke niveau, bijvoorbeeld door capaciteitsaangelegenheden, het regime wellicht minder krachtig is. Als dat zo zou zijn, zou er een groter risico zijn op milieuschade, waardoor er juist eerder aanleiding zou zijn een beleid te voeren dat toepassing van het instrument van financiële zekerheid impliceert.¹³⁷

De derde kanttekening betreft in feite een fundamentele vraagstelling. In hoofdstuk 2 is aangegeven dat er met name in de rechtseconomische literatuur argumenten worden aangevoerd voor een ruime toepassing van het gebruik van het instrument van financiële zekerheid, met name in het geval van risicoaansprakelijkheid. Dit zou echter betekenen dat er een meer fundamentele bezinning zou moeten komen over het gebruik van het instrument van de financiële zekerheid (in de zin van een algemene verplichting voor inrichtingen tot het stellen van een zekerheid, waarbij de vaststelling van de hoogte en de vorm van geval tot geval zou dienen plaats te vinden). Het huidige regime van artikel 8.15 Wm en Befize geeft geen algemene plicht tot zekerheidsstelling. Een ruime opvatting over de toepassing van het instrument zou inhouden, dat voor elke activiteit die in potentie tot een (ernstige) milieuschade kan leiden, hoe goed ook beheerd, toch een zekerheid moet worden gesteld. Vergelijk dit, grofweg, met de algemene verplichting voor autobestuurders om een aansprakelijkheidsverzekering te hebben.¹³⁸ In deze lijn zou gesteld kunnen worden dat elke inrichting c.q. Wm-activiteit een gevaarzettende activiteit is (hoe klein het risico ook zal zijn bij goed bestuurd bedrijven), en dat derhalve het stellen van een zekerheid gerechtvaardigd is. In het vergunningverleningsproces kan dan nader, ter uitvoering, worden vastgesteld tot welk bedrag deze zekerheid zou moeten gelden. Juist in deze laatste afweging zal de algemene plicht tot zekerheidsstelling “geproportionaliseerd” worden: de hoogte van het bedrag tot het stellen van financiële zekerheid wordt afgestemd op de specifieke activiteit. Bij deze fundamentele afweging dient echter ook ingegaan te worden op de vraag of er naast een krachtig vergunning- en handhavingsbeleid, waardoor er in feite een grote mate van preventie is voor het ontstaan van milieuschade, nog wel een reden is voor invoering van een verplichting tot financiële zekerheid.

Een engere opvatting over het nut van financiële zekerheid zou inhouden dat alleen indien er na vergunningverlening toch twijfel is over een specifiek risico, een financiële zekerheidsplicht wordt opgelegd. Dit is in lijn met artikel 8.15 Wm en Befize, zij het dat de regering het instrument van financiële zekerheid ook zinvol acht voor het bewerkstelligen van het nemen van eigen verantwoordelijkheid bij bedrijven en het stimuleren van preventieve werking.

¹³⁶ Een provincie geeft aan dat in de jaren negentig een dusdanig ernstig geval van schade na faillissement is opgetreden dat daarom een ruime toepassing aan Befize wordt gegeven. Indien dit beleid zou zijn gebaseerd op slechts één schadegeval dan zou dat ook wel als een “overreageren” kunnen worden gezien.

¹³⁷ Uiteraard moet het opleggen van een fize passen binnen de bevoegdheid zoals gegeven door Befize.

¹³⁸ Dit voorbeeld wordt ook gebruikt door Ulrich Beck, De wereld als risicomaatschappij, De Balie 1997, p. 91.

Deze argumenten zouden nu juist pleiten voor het nader onderzoeken van een ruimere financiële zekerheidsplicht, in ultieme vorm voor alle inrichtingen, ook de inrichtingen die onder algemene regels vallen. In de aanbevelingen behorend bij dit onderzoek zal dan ook worden geconcludeerd dat vooralsnog Befize als vangnet kan worden gehandhaafd, maar dat tegelijkertijd niet nagelaten moet worden een meer fundamentele afweging te verrichten over het toekomstige gebruik van het instrument van financiële zekerheid.

5.4

HEROVERWEGING VAN DE IN BEFIZE OPGENOMEN CRITERIA

Gelet op de bevindingen in dit onderzoek kan Befize als vangnet blijven bestaan. Echter, uit het praktijkonderzoek komt het beeld naar voren dat de in Befize opgenomen criteria die bij de beslissing betrokken moeten worden, heroverwogen zouden moeten worden. Bij deze heroverweging zou de vangnetfunctie nog sterker kunnen worden geformuleerd.

Door betrokken actoren is gesuggereerd met name de volgende criteria te schrappen:

- § de aanwezigheid van een milieuzorgsysteem;
- § de frequentie van het afvoeren van afvalstoffen; en
- § het naleefgedrag van vergunningsvoorschriften.¹³⁹

Opmerkelijk is dat het voorhanden hebben van een milieuzorgsysteem niet als een bruikbaar criterium wordt gezien. Inderdaad zegt de “aanwezigheid van een milieuzorgsysteem” slechts in beperkte mate iets over de kwaliteit van dat systeem. Het zou dan op zijn minst om een goed bevonden systeem moeten gaan. Een dergelijk systeem verkleint het risico op schade, maar sluit het natuurlijk niet uit.

Ook is opmerkelijk dat er verschil van mening bestaat over het criterium van het naleefgedrag van vergunningvoorschriften. Sommige participanten zien dit criterium als een niet bruikbaar criterium, terwijl een andere participant dit criterium juist zeer belangrijk acht. Naar de mening van de onderzoekers heeft de toepassing van Befize baat bij het handhaven van naleefgedrag als criterium. Dit criterium wordt doorgaans gezien als een onmisbaar onderdeel van het handhavingsbeleid: overheden houden bij hun handhavingstrategie in toenemende mate rekening met het naleefgedrag in het verleden. Afvalbedrijven verwachten –begrijpelijk– waardering door overheden van gebleken betrouwbaarheid.

In essentie zal, uitgaande van de vangnetfunctie, bij de (her-)formulering van de criteria voor de bevoegdheid tot uitdrukking moeten worden gebracht dat gelet op een mogelijk risico op milieuschade, vanwege twijfel over de solvabiliteit van bedrijf, of vanwege de specifieke kenmerken van de activiteit of de vergunningaanvrager, een financiële zekerheidsstelling in de rede ligt. Goed naleefgedrag van bestaande vergunningen beperkt milieurisico's, maar sluit risico's niet in alle gevallen (nieuwe, onbewezen technieken) uit.

¹³⁹ Wat dit laatste betreft dekt de Wet Bibob al af dat malafide ondernemers geweerd worden.

Wat betreft het criterium van de solvabiliteit doet zich het probleem voor dat op het moment van de vergunningsprocedure een bedrijf wel solvabel kan zijn, maar dat dit na een aantal jaren niet meer zo is. Bevoegde gezagen zouden dus inderdaad moeten monitoren (en moeten daartoe de geschikte instrumenten hebben) of het alsnog gewenst is een financiële zekerheidsstelling op te leggen. Dat zou dan doorgaans door een ambtshalve wijziging van de vergunning moeten geschieden. Men mag verwachten dat deze bestuurslasten alleen worden ingezet indien er een tamelijk grote verwachting is dat er een milieuschade en een faillissement zal optreden. Overigens moet men problemen bij monitoring van de solvabiliteit niet overdrijven. In tegenstelling tot de winstgevendheid, ontwikkelt de solvabiliteit van een bedrijf zich over de tijd tamelijk gelijkmatig. Een solide gefinancierd bedrijf zal door een verliesjaar niet in de problemen komen, winst betekent niet dat de solvabiliteit plotseling omhoogschiet. Vergunningverleners moeten vooral letten op startende bedrijven die beginnen met een zwakke solvabiliteit en op bedrijven die jaar na jaar verlies maken.

Een tweede, niet te onderschatten gegeven aangaande het criterium van solvabiliteit is dat de traditionele vergunningverlener zich niet geëquipeerd voelt om deze inschatting te maken. Aan dit punt zou, ter verbetering van de uitvoeringspraktijk, nader aandacht moeten worden besteed.¹⁴⁰ Vanuit het CBS en vanuit branche-organisaties is bekend wat in bijvoorbeeld de afvalbranche als ‘veilige’ solvabiliteit wordt beschouwd. Een dergelijke ondergrens, die voor een periode van vijf jaar wordt vastgesteld, kan voor de vergunningverlener als toetssteen dienen.

Een andere vraag is of in Befize zou moeten worden opgenomen dat boven een hoog gekozen drempelbedrag (bijvoorbeeld € 1.000.000) bij afvalbedrijven een financiële zekerheid zal worden verlangd. Echter, artikel 8.15 Wm geeft aan dat in de AMvB wordt bepaald in welke gevallen door de bestuursorganen voorschriften inzake een financiële zekerheid kunnen worden opgelegd. In die zin lijkt gelet op dit wetsartikel het in de AMvB verplichten tot het opleggen van een financiële zekerheid niet mogelijk te zijn. Misschien zou in het kader van een zogenaamde instructie-AMvB op grond van art. 8.45 Wm een absolute verplichting tot het stellen van een financiële zekerheid kunnen worden geregeld.¹⁴¹

¹⁴⁰ Wellicht zou het helpen indien de vergunningverlener een verklaring omtrent solvabiliteit vraagt verkrijgt van de accountant van het bedrijf. De voor- en nadelen van deze gedachte zouden nog nader uitgewerkt kunnen worden in het kader van de uitvoering van Befize.

¹⁴¹ Ter vergelijking: art. 16 Wbb geeft expliciet een bevoegdheid om bij AMvB een verplichting in te stellen tot een financiële zekerheid. Voor artikel 8.45 is dit niet geheel duidelijk. Het standpunt dat gelet op de overeenkomstige toepassingverklaring van art. 8.15 (zie art. 8.45, tweede lid) bij instructie-AMvB voorgeschreven mag worden dat in bepaalde aangewezen gevallen in de vergunning per definitie een financiële zekerheid moet worden opgelegd, is verdedigbaar, maar de houdbaarheid daarvan is nog niet door jurisprudentie bevestigd. Bovendien moet de algemene maatregel “nodig zijn ter bescherming van het milieu” (zie artikel 8.45, eerste lid), en er zal dus gemotiveerd moeten worden dat een absoluut geldende regel daaraan voldoet. Voorts moet gelet op art. 8.45, eerste lid, ook bij de besluitvorming over de instructieregel betrokken worden wat de redelijkerwijs te verwachten financiële en economische

5.5 AFSLUITING EN AANBEVELINGEN

5.5.1 CONCLUSIE

Het huidige Befize, met als basis artikel 8.15 Wm, is vooral als vangnet bedoeld om te voorkomen dat de overheid de kosten van het opruimen van milieuschade moet dragen in het geval dat veroorzaker deze kosten niet kan of zal betalen. De vergunningverlenende gezagen lijken een tamelijk vrije bevoegdheid te hebben om tot het opleggen van een financiële zekerheid over te gaan. De in Befize opgenomen criteria voor de besluitvorming zullen bij de beslissing moeten worden betrokken, maar de afweging of een financiële zekerheid wordt verlangd is door de rechter tot dusver marginaal getoetst. Inmiddels is er een interimbeleidslijn ontwikkeld door de provinciale overheden. De inhoud van dit beleid, waarbij in vergelijking met Befize een hoger drempelbedrag wordt gesteld, versterkt het beeld van Befize als vangnet.

In de gemeentelijke praktijk wordt Befize echter überhaupt niet zinvol geacht. Overigens is hier een risico dat vergunningsbesluiten van gemeentelijke bestuursorganen zouden stranden bij de rechter, met name indien expliciet het argument zou worden gehanteerd dat er geen capaciteit zou zijn voor de uitvoering van Befize. Het is natuurlijk zo dat bij een beslissing om geen financiële zekerheid op te leggen de in Befize gegeven criteria betrokken moeten worden. In deze lijn zou het aanbeveling verdienen om ook voor de gemeentelijke praktijk een geschikt beleid te ontwikkelen, zoals ook in IPO-verband is geschied.

Opvallend is dat harmonisatie een belangrijke reden was om tot het IPO-interimbeleid te komen. Deze harmonisatie is niet volledig tot stand gebracht, gelet ook op het afwijkende standpunt van twee provincies aangaande het drempelbedrag. Wellicht is het ook niet bezwaarlijk dat er decentrale verschillen in toepassing zullen zijn, zolang die maar plaatsvinden binnen de door Befize gegeven bandbreedte voor de afweging. Echter, indien een decentrale overheid een wat terughoudend beleid zou willen voeren inzake het opleggen van financiële zekerheid, om zo bijvoorbeeld ook de lokale economie en het bedrijfsleven niet verder te belasten, dan is de keerzijde daarvan dat bij het optreden van schade, indien bedrijven niet kunnen betalen, de overheid dan ook de lasten moet dragen.¹⁴² Deze "plicht" zou wellicht steviger verankerd moeten worden in de milieuwetgeving.

Opgemerkt wordt dat in dit onderzoek de werkingssfeer van Befize niet is onderzocht. Natuurlijk moet er aandacht uitgaan naar situaties die tot een groter schaderisico voor het milieu en voor de veiligheid zouden kunnen leiden dan de nu gekozen categorieën.

gevolgen van de maatregel zijn. Het spreekt voor zich dat er dan in kwestie sprake moet zijn van een evenredige maatregel.

¹⁴² Dit beleid mag natuurlijk niet resulteren in het veelvuldig voorkomen van milieuschades: het vergunningenregime zou dan immers niet adequaat worden uitgevoerd.

Vanuit meer principiële argumenten, zoals gegeven door de regering ten tijde van het vaststellen van Befize, en ook meer theoretische rechtseconomische argumenten is er echter juist aanleiding om een ruimere plicht tot financiële zekerheid te overwegen, bijvoorbeeld voor alle Wm-inrichtingen (en activiteiten). Het gaat dan niet alleen om het voorkomen van schade, maar ook om via financiële impulsen en de werking van de markt bedrijven verder te stimuleren eigen afwegingen te maken inzake het beperken van milieurisico's.¹⁴³ Echter, in geval van een sterk uitgebouwd vergunningen- en handhavingsregime lijkt dat een dubbele benadering te zijn: bedrijven krijgen een goede, adequate vergunning, ondergaan een goed toezichts- en handhavingsregime, en moeten daarbovenop ook nog eens een financiële zekerheid stellen. In de discussie over een ruimere, algemene toepassing van het instrument van financiële zekerheid zal dan ook betrokken moeten worden of door het inschakelen van de markt de overheidsinterventie wellicht ook minder zwaar zou kunnen zijn. Bovendien leven er vragen omtrent de werking van de markt: zal de markt inderdaad voldoende mogelijkheden tot niet te dure vormen van zekerheidsstelling aanbieden? Een mogelijke algemene zekerheidsplicht is echter een zodanig fundamenteel onderwerp dat dit het kader van het huidige onderzoek te buiten gaat. Bovendien zou een brede discussie over de toepassing van het financiële zekerheidsinstrument zeker ook moeten plaatsvinden in de context van de Europese richtlijn milieuaansprakelijkheid.

Tenslotte, als Befize een vangnet blijft zijn geen specifieke wensen naar banken of verzekeraars te formuleren. Omdat het aantal toepassingen gering blijft, kunnen banken noch verzekeraars de noodzakelijke risicospreiding bereiken. Van verzekeraars kan niet worden verwacht dat zij faillissementsrisico's of fraude afdekken.

5.5.2

AANBEVELINGEN

Dit onderzoek leidt tot zowel fundamentele als operationele aanbevelingen. Deze aanbevelingen zijn gericht aan de Staatssecretaris van VROM, zijnde de eerstverantwoordelijke voor de inhoud van Befize, en tevens opdrachtgever voor dit onderzoek.

Fundamentele aanbevelingen:

- § Handhaaf Befize als vangnet.
- § Aangezien er nu nog sprake is geweest van een gewenningsperiode: verricht in het jaar 2011 een vervolgevaluatie inzake het nut van Befize.

¹⁴³ Overigens zou nader onderzocht moeten worden of en hoe dit effect daadwerkelijk optreedt. De keerzijde van de medaille zou kunnen zijn dat bedrijven de plicht tot premiebetaling als een "afkoop" zien, en dat in feite juist niet meer verantwoordelijkheid voor het milieugedrag ontstaat. Zie bijvoorbeeld Frey, B.S., "Morality and rationality in environmental policy", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 22, 1999, 395-417 and Frey, B.S., *Not just for the money. An economic theory of personal motivation*, Cheltenham, Edward Elgar, 1997, 56-79.

- § Maak tegelijkertijd – in het licht van Europese ontwikkelingen in het kader van de richtlijn milieuaansprakelijkheid, en in het licht van rechtseconomische overwegingen - een fundamentele afweging gericht op de toepassing van het instrument van financiële zekerheid, met name voor activiteiten waarvoor een risico-aansprakelijkheid geldt. Betrek daarbij de vraag of dit instrument, gelet op de in de praktijk verwezenlijkte kwaliteit van vergunningverlening en handhaving, een eigenstandige plaats verdient.

Operationele aanbevelingen:

- § Heroverweeg de criteria zoals opgenomen in de artikelen 3 en 7, tweede lid, van Befize, en benadruk de vangnetfunctie. Accepteer niettemin een zekere mate van beleidsruimte voor decentrale bestuursorganen.
- § Besteed gelet op deze beperkte beleidsruimte ook aandacht aan de taak van de overheid om ontstane milieuschade op te ruimen in geval dat de veroorzaker de milieuschade niet kan opruimen, en er ook geen financiële zekerheid is gesteld.
- § Stimuleer een nadere verkenning van de vraag welk beleid ter uitvoering van Befize geschikt is voor de gemeentelijke bestuursorganen.
- § Bied concrete handvatten aan de vergunningverlener voor de toepassing van het criterium 'solvabiliteit'. Deze kunnen bestaan uit een ondergrens voor een veilige solvabiliteit en een jaarlijkse toetsing aan deze ondergrens, wellicht met behulp van een verklaring van de bedrijfsaccountant.

BIJLAGE 1

Vragenlijst

Evaluatie Besluit financiële zekerheid milieubeheer

Vragenlijst

In het kader van het STEM-project dat in opdracht van het ministerie van VROM wordt uitgevoerd in de periode 2005-2008 evalueren we dit jaar de uitvoering van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer (verder te noemen: Befize). Meer informatie over het STEM-project is te vinden op www.evaluatiemilieuwetgeving.nl.

Bij het in werking treden van Befize in 2003 is door de toenmalige minister van VROM aan de Tweede Kamer een evaluatie toegezegd.

In het onderzoek worden beide gebieden waarvoor zekerheidsstelling kan worden opgelegd betrokken. Dit zijn:

- (1) afvalbedrijven (garantie op het nakomen van vergunningverplichtingen), en
- (2) bedrijfsactiviteiten die schade aan de bodem zouden kunnen veroorzaken (dekking van aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging).

Er is gekozen voor een eenduidige vragenlijst. Deze vragenlijst wordt voorgelegd aan bedrijven, bevoegde gezagen, derdebelanghebbenden, banken en verzekeraars, en Infomil. Niet alle vragen zijn voor alle betrokkenen relevant.

De vragenlijst wordt voordat het interview wordt afgenomen ter voorbereiding toegezonden.

Beantwoording zal naar verwachting vijf kwartier tot anderhalf uur vergen. Het interview wordt in beginsel telefonisch afgenomen.

A. Welke ervaring heeft u tot dusver opgedaan met Befize?

Vanuit welke hoedanigheid?

Hoeveel dossiers (of anderszins ervaring)?

B. Bekendheid met Befize

Op welke wijze bent u bekend geraakt met Befize? Heeft u deelgenomen aan voorlichtingsactiviteiten in 2003 (landelijke dag, trainingen)?

Vindt u dat er voldoende ondersteuning wordt gegeven inzake de uitvoering van Befize? Heeft u daarbij hulp ingeroepen van Infomil (website, helpdesk) of gebruik gemaakt van de VROM-website?

Bent u op de hoogte van literatuur en jurisprudentiële ontwikkelingen met betrekking tot Befize?

Is het helder voor welke bedrijven en situaties Befize geldt?

C. Wat is uw mening over de toepasbaarheid van de criteria die bij de beslissing tot het opleggen van een financiële zekerheidsverplichting door het bestuur betrokken moeten worden?

NB: de criteria voor afval en bodem verschillen. Graag deze nuancering meenemen bij beantwoording.

Met welke intensiteit worden deze criteria bij de besluitvorming in aanmerking genomen? Heel precies of slechts marginaal?

Zijn deze criteria eenduidig interpreteerbaar?
(Leidt de interpretatie van de criteria tot verschil van mening tussen bevoegd gezag en aanvrager?)

Is het mogelijk om de financiële risico's eenvoudig en eenduidig vast te stellen?

Neemt het in aanmerking nemen van bepaalde criteria onevenredig veel tijd in beslag?

Wordt er bij interpretatie van de criteria, met name bij schade aan de bodem, een verband gelegd met een eventuele risico-aansprakelijkheid van het bedrijf?

Welke criteria zouden geschrapt kunnen worden (en waarom)?

Welke criteria mist U?

Zou u, als bevoegd gezag, of als bedrijf, deskundige ondersteuning wensen bij de interpretatie van deze criteria? Hoe bent u tot dusver omgegaan met het inschakelen van benodigde deskundigheid (intern, extern)? Graag toelichten.

D. De totstandkoming van de financiële zekerheidsverplichting

Op welke wijze is overleg gevoerd tussen bevoegd gezag en bedrijf over het opleggen van financiële zekerheid? Aandacht besteden aan vooroverleg, formele inspraak, en beroep.

Heeft het overleg, inspraak of beroep geleid tot invloed op de beslissing van het bevoegd gezag?

Heeft het bevoegd gezag de vorm van financiële zekerheid precies voorgeschreven, of is dat aan de afweging van het bedrijf overgelaten, met een toets achteraf?

Voor welke vorm van financiële zekerheidsstelling is gekozen? Is er nog verschil van mening geweest tussen bedrijf en overheid over de vorm van de financiële zekerheidsstelling?

Is er op de markt voldoende aanbod tot financiële zekerheidsstelling? Heeft u het idee dat er een concurrerende markt is, of loopt u eerder tegen kartelvorming aan?

Bent u al verzekerd tegen eventuele schade als bedoeld in Befize op basis van uw standaard verzekeringspakket?

E. De directe en indirecte kosten van Befize

Bedrijf: Directe kosten

Wat zijn eenmalige en jaarlijkse premies voor bankgarantie, hypotheek, verzekering, fonds of andere vormen van financiële zekerheid?

Bedrijf: Indirecte kosten

Hoe hoog waren de organisatorische kosten (overleg, offertes, afsluiten contracten) bij het tot stand komen van financiële zekerheid? Idem, voor het jaarlijks onderhouden van financiële zekerheid.

Kreeg u adequate offertes van banken of verzekeringsmaatschappijen?

In hoeverre beperkt de gekozen vorm van financiële zekerheid uw financiële mogelijkheden, waaronder de leencapaciteit voor commerciële investeringen?

Zijn er bepaalde aspecten van Befize, in opzet of uitvoering, die onevenredig veel kosten en tijd vergen?

Overheid (alleen indirecte kosten):

Wat zijn de bestuurlijke kosten per dossier, uitgesplitst in vergunningsprocedure en werkzaamheden na verlening vergunning, zoals goedkeuring en controle?

Wat zijn de factoren die juist de hoogte van de kosten bepalen?

Wat kost naar uw mening onevenredig veel tijd / inspanning?

Is er inhuur van deskundigheid geweest?

Banken en verzekeraars:

Wat zijn eenmalige en jaarlijkse opbrengsten van bankgarantie, hypotheek, verzekering, fonds of andere vormen van financiële zekerheid?

Hoe hoog waren de organisatorische kosten (overleg, offertes, afsluiten contracten) bij het tot stand komen van financiële zekerheid? Idem, voor het jaarlijks onderhouden van financiële zekerheid.

Zijn er bepaalde aspecten van Befize, in opzet of uitvoering, die onevenredig veel kosten en tijd vergen?

Welke hulp heeft u gehad van de Milieupool (alleen voor verzekeraars)?

Voor allen:

Wat vindt u van de verhouding tussen de totale kosten en de milieubaten (m.a.w. is het gebruik van financiële zekerheid kosteneffectief)?

Welke veranderingen, in opzet en uitvoering, kunnen de kosteneffectiviteit van Befize verhogen?

F. Preventieve werking van Befize

Voor bedrijf:

Heeft u door Befize, direct of indirect, preventieve maatregelen genomen?

Wat waren de kosten van de preventieve maatregelen?

Heeft Befize in ander opzicht invloed gehad op de strategie en organisatie van uw bedrijf?

Voor overheid:

Heeft u concrete aanwijzingen, of een vermoeden, dat de mogelijkheid van financiële zekerheidsstelling een preventieve werking heeft gehad of zal hebben?

Heeft Befize invloed gehad op de strategie en organisatie van bedrijven? Is hierdoor uw contact met bedrijven verbeterd?

Voor banken en verzekeraars:

Heeft u, voortvloeiend uit Befize, preventieve maatregelen voorgeschreven bij bedrijven?

Zo ja, wat waren de kosten van de preventieve maatregelen voor de bedrijven?

Heeft u via Befize in ander opzicht eisen gesteld aan strategie en organisatie van bedrijven?

G. Collectieve regeling (fondsvorming)

Zou u voorstander zijn van een collectieve regeling, bijvoorbeeld binnen een branche?

Zo ja, heeft u suggesties voor opzet en voeding van zo'n fonds?

Hier eventueel ter toelichting uitleggen wat fondsvorming zou kunnen inhouden.

Of acht u het beter dat uw bedrijf eigen risicodragers wordt, zonder betrokkenheid van een bank of verzekeringsmaatschappij?

Welke groep bedrijven komt in aanmerking voor eigen risicodragers (bijvoorbeeld concerns?), en voor welke groep bedrijven moet een regeling via banken of verzekeringen gelden?

H. Toekomst Befize

Wat is uw mening over de noodzaak van Befize? Is uitbreiding, of juist inkrimping van het werkingsgebied gewenst? Ziet u alternatieven voor Befize?

Wat vindt u van een wettelijke plicht tot het stellen van financiële zekerheid, zoals bijvoorbeeld wordt toegepast voor ondergrondse opslagtanks (BOOT) ?

Heeft u ervaring met andere vormen en mogelijkheden van financiële zekerheidsstelling?

Bent u bekend met de Europese richtlijn milieuaansprakelijkheid (richtlijn 2004/35/EG), en heeft u in dat verband een visie op de financiële zekerheidsstellingen?

I. Afsluiting

Zijn er naar uw mening belangrijke onderwerpen niet aan de orde gekomen?

Heeft u nog suggesties voor andere gesprekspartners over Befize?

BIJLAGE 2

Begeleidingscommissie

Dhr. N. Bos (vervanger: dhr. H. Kremers)
Nederlandse Milieupool

Dhr. mr. C.A. Janssen
Ministerie van VROM

Dhr. J.J. Kerssens RA MA
INGBank

Dhr. mr. M.G. Ramakers
Essent Milieu BV

Mevr. mr. Janske Schrijnemaekers
DCMR Milieudienst Rijnmond

Colofon

Opdrachtgever:

Ministerie van VROM, Directoraat Generaal Milieu

Datum:

2 oktober 2006

Auteur(s):

mr. dr. Marjan Peeters

dr. Frans van der Woerd

mr. Ghislaine In de Braek

Secretariaat STEM

ARCADIS Ruimte & Milieu BV

De heer drs. ing. Charles Nijssen

Postbus 264

6800 AG Arnhem

Tel 026 3778 511

Fax 026 4457 549

www.evaluatiemilieuwetgeving.nl

© STEM. Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitzonderingen door de wet gesteld, mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbenden niets uit dit document worden verveelvoudigd en/of openbaar worden gemaakt door middel van druk, fotografie, digitale reproductie of anderszins.